

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE  
DIREITO DO  
CONSUMO



Vol. VII | n. 28 | Dezembro 2017

#28



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 VII, número 28, dezembro 2017

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

Capa e projeto gráfico: Priory Comunicação

Editor-chefe: Luiz Fernando de Queiroz

Coordenação editorial: Geison de Oliveira Rodrigues – Pollyana Elizabete Pissaia

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

Diagramação: Josiane C. L. Martins

Produção gráfica: Jéssica Regina Petersen

Local de publicação: Curitiba, Paraná, Brasil

Qualis C – Capes

## **Editora Bonijuris Ltda.**

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

55 (41) 3323-4020

Assinaturas: 0800-645-4020 – [www.livrariabonijuris.com.br](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 (*in memoriam*), 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 Najarian, 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.

Fecomércio PR

Garante – Serviços de Apoio Ltda.

### **Apoio Institucional**

Amapar – Associação dos Magistrados do Paraná

Associação dos Condomínios Garantidos do Brasil

Esmap – Escola da Magistratura do Paraná

Instituto Euclides da Cunha

Instituto Ciência e Fé

## SUMÁRIO

### EDITORIAL

- 09 **“Sete anos de pastor Jacob servia...”**  
MÁRIO FROTA
- 13 **Nota do Editor**  
LUIZ FERNANDO DE QUEIROZ

### DOCTRINA

- 15 **Superendividamento: seu tratamento via Código do Consumidor – agora sim, uma necessidade**  
JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO
- 41 **Da obrigatoriedade de separação de imagem entre operadores de rede de distribuição de energia e comercializador**  
JOÃO QUINTELA CAVALEIRO  
ANA CRISTINA PRETO
- 63 **Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: uma visão geral**  
MARCOS V. DESSAUNE
- 79 **O contrato de compra e venda de coisas futuras e a ulterior alteração do preço de mercado do bem objeto do contrato – um contributo da experiência jurisprudencial brasileira**  
ALTAIR GUERRA DA COSTA
- 97 **Incumplimiento e indemnización contractual en el Código Civil peruano y comparación con el Código Comercial uniforme de los Estados Unidos**  
VICTOR DE LA FLOR KIVAKI
- 125 **El arbitraje de consumo y la protección de los derechos colectivos en Estados Unidos y España**  
MARÍA HERRERA MELLADO
- 149 **Os juizados especiais cíveis e a necessária flexibilização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica**  
ALEXANDRE CHINI  
RODOLFO KRONENBERG HARTMANN

- 161 **A competência para julgamento da reclamação em face das decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais cíveis**  
ALEXANDRE CHINI  
FELIPPE BORRING ROCHA
- 177 **A proteção da dignidade humana do consumidor face o direito fundamental à alimentação saudável**  
CATHERINE SANTA CRUZ JEREISSATI  
MARIO QUESADO DE MIRANDA BEZERRA
- 193 **O direito fundamental à educação formal para o consumo como meio de concretização do direito à liberdade de escolha do consumidor e igualdade nas contratações, e como implementação do direito coletivo e social de proteção ao meio ambiente**  
EDSON MITSUO TIUJO
- 223 **A pedagogia e sua importância para o ensino nos cursos de direito**  
OSCAR IVAN PRUX

## PARECER

- 251 **Da proibição dos consumos mínimos e dos alugueres de contador, na lei dos serviços públicos essenciais, às taxas ou quotas de disponibilidade em sua substituição**  
MÁRIO FROTA

## JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 283 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**  
Relatora: *Maria dos Prazeres Beleza*
- 314 **Acórdão do Tribunal de Justiça**  
Relator: *J. Malenovský*

## EDITORIAL

### “Sete anos de pastor Jacob servia...”

Com a edição que ora se vos oferece cumpre-se um septenato, na singularidade do gesto e no magnânimo propósito que serviu de berço à cooperação luso-brasileira (tantas vezes alargada a outras latitudes...), na ânsia de estreitar ordenamentos, de revelar as diferenças e de influenciar decisões.

Com Camões se pode fundadamente dizer:

“Sete anos de pastor Jacob servia  
Labão, pai de Raquel, serrana bela;  
mas não servia o pai, servia a ela,  
que a ela só por prémio pretendia.

Os dias, na esperança de um só dia,  
passava, contentando-se com vê-la;  
porém o pai, usando de cautela,  
em lugar de Raquel lhe dava Lia.

Vendo o triste pastor que com enganos  
lhe fora assi negada a sua pastora,  
como se não a tivera merecida,

Começa de servir outros sete anos,  
dizendo: Mais servira, se não fora  
pera tão longo amor tão curta a vida!”

Sete anos de profundo amor pelos espaços por onde os portugueses se passearam, edificando, moldando e moldando-se às circunstâncias das terras e das gentes. E dos ordenamentos que lhes quadram e servem de referência no que tange ao “direito do quotidiano”!

Sete anos de profícua cooperação para que o mais relevante dos ramos de direito – o Direito do Consumo ou, como se pretende no Brasil, o Direito do Consumidor –, na economia dos mais segmentos do jurídico, pudesse ser entendido nas suas assimetrias e disfunções... numa e noutra das ribas do Atlântico.

Sete anos de fundas perturbações que os projetos, ainda que consolidados, não são imunes às oscilações do quotidiano nem às flutuações das bases em que os interesses se plasmam e postulam.

Sete anos de convincente labor em prol de um estatuto talhado para o consumidor e moldado nos mais elevados níveis de proteção, seja qual for a latitude em que se radique.

E as instigantes exortações de um Paulo Arthur Lencioni Góes, antigo diretor-executivo da Fundação Procon, de São Paulo, no Congresso Internacional de Natal, a marcar o compasso: “Lá na Europa não tem Samsung? Não tem Nokia? Não tem Suzuki? Não tem Toyota? Não tem Toshiba? Não tem...? Então porque é que na Europa a garantia dos bens de consumo é de dois anos e no Brasil só de 90 dias?”

Sete anos a pugnar por que o Código de Defesa do Consumidor, em que cooperámos nos idos de oitenta do século passado, enquanto fundador e primeiro presidente da AIDC – Associação Internacional de Direito do Consumo, pudesse afinar pelo diapasão dos padrões europeus e por que a legislação portuguesa seguisse os avanços mais significativos do ordenamento tupiniquim.

Sete anos de uma notável cooperação do desembargador Joatan Marcos de Carvalho, vice-presidente do Conselho de Direção, e de Anita Zippin, ora presidente da Academia de Letras José de Alencar e sua chefe de gabinete no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no propósito de o projeto editorial não vir a esgotar-se, fenecendo e abrindo-se destarte uma enorme brecha na cooperação jurídica luso-brasileira.

Sete anos de permanente debate com o editor e das frutíferas discussões com o dr. Luiz Fernando de Queiroz o acerto de tantas das decisões para a projeção e o prestígio da publicação.

Sete anos em que se não achou, afinal, um modelo de difusão de tão prestante periódico no macrocosmos do país-continente que o Brasil indubitavelmente é e que ainda mais a projetaria se a distribuição se incrementasse após a defecção da Livraria J.C. Moreira que de tal se incumbira, para depois debandar, aquando da edificação, da consecução do projeto e no seu decurso.

Sete anos de expectativas, de temores, de incertezas, de porfiado labor para que o denodado esforço que transluz das mais de 2.500 páginas até então vindas a lume se não extinguisse e não viesse a constituir um capítulo mais de uma história que tende a obnubilar-se... nesta austera, apagada e vil tristeza, como a qualificava o príncipe dos poetas – Luís Vaz de Camões!

Sete anos em que cooperaram 169 autores com temas do mais diverso jaez imbricados na temática-mãe da publicação.

Sete anos de um inestimável contributo para a literatura jurídica centrada nos ordenamentos jurídicos de consumo estabelecidos tanto em Portugal como no Brasil.

Sete anos que chegam agora ao seu termo, esgotadas outras soluções que se buscavam em ordem ao seu autofinanciamento.

Sete anos de tocante generosidade de quantos emprestaram à revista o seu fulgor intelectual e o brilho dos seus escritos.

E em que uma renovada esperança se delineia já, lá na distante e sempre fidalga Paraíba, onde o Direito do Consumidor permanece vivo e em cuja constelação nomes como os de Glauberto Bezerra pontificam, a justo título.

A II série, que principiará com a edição de março de 2018, representará decerto uma justificável “evolução na continuidade” após o marcante exemplo do Paraná e do suporte inquebrantável do Instituto Bonijuris, de Curitiba, enquanto perdurou e o inextinguível Ideal ali teve tradução mais que simbólica.

Que deplorável seria condenar às galés uma iniciativa editorial tão prestante quão meritória como esta de que vimos curando há sete anos e que artilhámos com tantos os que no Brasil ocupam, afinal, a mesma trincheira, que é a da Cidadania.

“Sete anos de pastor Jacob servia...  
Começa de servir outros sete anos  
Dizendo: mais servira se não fora...  
pera tão longo amor tão curta a vida!”

Que os astros nos acompanhem nesta tão desmedida ânsia de servir!

E que quem se quiser fazer ao caminho, se não renegue a fazê-lo...  
Que raras são as obras de Homem só!  
Tenham dó...

Que este projecto não subsistirá  
Se muitas mãos se não cerrarem  
Que este veículo se não moverá

Se mulheres e homens se não concertarem  
Sem suporte visível, sem pujante acção  
Da mais funda cooperação!

Felizes festas! Felizes festas no aconchegante seio, no regaço íntimo das famílias!

Coimbra, Villa Cortez, Dezembro de 2017

**Mário Frota**

## NOTA DO EDITOR

Com esta edição #28 da Revista Luso-Brasileiro de Direito do Consumo chegamos ao fim de mais uma longa jornada, iniciada em meados de 2010, quando a Editora Bonijuris foi procurada pelo desembargador Joatan Marcos de Carvalho, a convite do professor Mário Frota, presidente da associação portuguesa de Direito do Consumo (apDC), para viabilizar a publicação de revista especializada na área. Lançamos o primeiro número em março de 2011.

Durante sete anos (dois a mais do que o propósito inicial), cumprimos rigorosamente com nosso compromisso. Todas as 28 edições foram concluídas no prazo e vieram à luz no decorrer do mês de sua circulação oficial – março, junho, setembro e dezembro de cada ano –, graças ao empenho do presidente de seu Conselho Diretor, já nominado, e à “disciplina germânica” de seu editor responsável.

Apesar do sucesso que a revista alcançou, tanto no Brasil como em Portugal, não conseguimos torná-la economicamente viável, em razão de seus custos e da singularidade do mercado consumerista, mas também por deficiência comercial da própria editora.

Em nenhum momento nos arrependemos do desafio aceito. Ao contrário, muito aprendemos com a Revista Luso (como a denominávamos internamente), ao revisarmos e editarmos mais de 300 artigos de elevado nível, a par de outros textos afins. Aliás, o conhecimento antecipado de teses e teorias avançadas sobre o direito do consumo foi fator que nos estimulou a prosseguir na empreitada. Estamos cada vez mais convictos de que o que é bom para o consumidor é bom para os clientes, o que é bom para os clientes é bom para a empresa e o que é bom para a empresa é bom para o empresário/fornecedor. É uma fórmula de sucesso incomparável.

Qualquer que seja o destino da revista, seu acervo permanecerá sempre presente em diversas plataformas da rede mundial de computadores, à disposição de qualquer pesquisador ou interessado, sem custo algum.

Como diria nosso diretor, Prof. Mário Frota,  
*Ex imo corde,*

**Luiz Fernando de Queiroz**  
Editor responsável

# SUPERENDIVIDAMENTO: SEU TRATAMENTO VIA CÓDIGO DO CONSUMIDOR – AGORA SIM, UMA NECESSIDADE

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO<sup>1</sup>

Advogado, consultor jurídico (Bonilha, Ratto & Teixeira –  
Advogados)

## **EXCERTOS**

*“O chamado superendividamento caracteriza-se pela impossibilidade manifestada pelo devedor e boa-fé de fazer frente ao conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e não pagas”*

*“Toda a parte do Código de Processo Civil de 1973, que disciplinava a insolvência civil, continua em vigência”*

*“Os órgãos de defesa do consumidor têm perfil propício para desempenhar o papel de orientador de contingente populacional de consumidores bancários”*

*“Atualmente é hora de se regulamentar, sim, o tratamento do fenômeno do superendividamento – que não deixa de ser uma insolvência civil”*

*“Enquanto não sobrevier a alvitrada regulamentação da insolvência civil, que nada mais é do que chamamos de incidente de superendividamento, continuarão a coexistir os artigos 748 a 786-A do Código de Processo Civil de 1973”*

## 1. Breves anotações iniciais

**S**empre que consultado nos manifestamos contra qualquer modificação a ser inserida no Código de Defesa do Consumidor. E isso, em síntese, por quatro razões: **(i)** embora elaborado há 27 anos, ele ainda pode ser considerado a lei consumerista mais moderna do mundo; **(ii)** ademais, é uma lei manifestamente principiológica<sup>2</sup>, antes de ser um conjunto de prescrições normativas, além de se cuidar de um microsistema inter e multidisciplinar<sup>3</sup>; **(iii)** trata-se de uma *lei que pegou*, ao contrário de muitas outras que não tiveram a mesma sorte; por isso, eventuais aperfeiçoamentos ou regulamentações podem perfeitamente ser feitas mediante normas de cunho administrativo por meio de decretos ou instruções normativas, como de resto se tem observado<sup>4</sup>; **(iv)** o grande risco que se corre é o de se lhe introduzirem modificações indesejáveis, sem embargo das boas intenções e sob o pretexto de torná-lo mais atualizado, por exemplo.

Nesse sentido, elaboramos alguns ensaios e artigos, dentre os quais destacamos *Atualidades do Direito do Consumidor no Brasil: 20 anos do Código de Defesa do Consumidor, conquistas e novos desafios*<sup>5</sup> e *Alterações do Código de Defesa do Consumidor. Comissão Especial do Senado Federal*, aos quais remetemos o paciente leitor<sup>6</sup>.

Referidos trabalhos tiveram por base a análise crítica dos três projetos de lei do Senado Federal (n. 281, 282 e 283/2011), elaborados a partir do trabalho desempenhado por comissão especial de juristas então designados<sup>7</sup>. Diziam eles, os projetos, respeito em suma à disciplina, no bojo do Código de Defesa do Consumidor, do chamado *superendividamento*, do *comércio eletrônico* e das *ações coletivas consumeristas*.

## 2. Conceitos de superendividamento, tipos e inspiração legislativa

**2.1 Conceitos** – O chamado *superendividamento* caracteriza-se pela impossibilidade manifestada pelo devedor de boa-fé de fazer frente ao conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e não pagas. Ou seja, dívidas contraídas pelo consumidor no afã de adquirir

produtos ou contratar serviços como destinatário final, levando-o a uma *insolvência civil*.

Há, em regra, dois tipos de devedor *superendividado*: a) ativo – quando ele próprio contribui decisivamente para se colocar nessa situação de consumista, muitas das vezes até compulsivamente (consome mais do que pode e efetivamente necessita); b) passivo – quando, ao revés, vê-se na situação de insolvência por fato superveniente aos contratos de consumo por ele firmados (desemprego, doença ou morte em família, por exemplo).

Podemos apontar como *causas externas* do consumismo, de maneira bastante sintética, *a oferta ou publicidade massiva e abusiva* e a criação de *necessidades artificiais*.

É bastante elucidativa nesse particular uma oferta publicitária veiculada pela TV e pela *internet* e de responsabilidade de uma instituição de crédito, onde se apregoa, pura e simplesmente, que o empréstimo de qualquer quantia para qualquer mutuário está disponível, mesmo que ele tenha problemas com bancos de dados negativos: “*Agilidade e segurança na liberação do crédito. Sem consulta aos órgãos de proteção ao crédito*”<sup>8</sup>.

E, embora haja normas e recomendações, sobretudo para o chamado *crédito consignado*, no sentido de não se comprometer mais de 30% do que se percebe na obtenção de crédito, situação que tem como maiores vítimas notadamente as pessoas aposentadas e idosos, não é isso que tem acontecido.

Em matéria de abuso em ofertas e publicidades abusivas, trazemos à colação as ponderações de MARTIN LINDSTROM, em sua impressionante obra crítica sobre as várias técnicas de *marketing*, o que surpreende, até porque se cuida de um dos maiores especialistas e consultores nessa matéria no mundo<sup>9</sup>, tendo como clientes as maiores corporações industriais e comerciais.

Com efeito:

*Consumismo gera Protestos – Na Inglaterra, existe um movimento anticonsumo chamado Enough (‘Basta’). Seus simpatizantes acreditam que consumismos demais e que essa cultura exagerada têm grande parcela de responsabilidade por vários males que*

*afligem o planeta – da miséria à destruição do meio ambiente e à alienação social. A corrente estimula as pessoas a se perguntarem: Preciso mesmo disso?; Como viver com mais simplicidade e menos consumo?; e Como me livrar da necessidade de comprar coisas para me sentir bem? Concordo plenamente com essa iniciativa. Posso ser um profissional de marketing, mas também sou consumidor.*

E mais adiante:

*Abstinência de Consumo e Identidade como Consumidor – No ano passado, resolvi passar por uma desintoxicação de marcas, uma espécie de abstinência de consumo. Decidi não comprar nenhuma marca durante um ano. A proposta era usar o que eu já tivesse – roupas, telefone celular e outros itens –, mas sem adquirir nenhuma outra marca. O que eu chamo de ‘marca’? Minha profissão me equipou com uma lente especial, que vê quase tudo existente na Terra como marca – de celulares a computadores, de relógios a roupas, de filmes a livros, de comida a celebridades, e até mesmo meu time favorito. Trata-se de um tipo de identidade, de uma declaração sobre quem somos ou gostaríamos de ser. Em resumo, no atual mundo dominado pelo marketing e pela publicidade, é impossível escapar delas.<sup>10</sup>*

Calcula-se que hoje, no Brasil, haja mais de 50 milhões de superendividados na população economicamente ativa (embora inexistente uma pesquisa segura a esse respeito), fenômeno esse constatado entre nós num curto período, quando multidões de consumidores se viram, repentinamente, aquinhoados com um ganho maior e uma pseudosseguurança para consumir além do razoável e até necessário.

Resta evidenciado, com efeito, que nos dias que correm as famílias, em decorrência da evidente crise que assola país, em que grassa o desemprego, a inflação, redução do poder aquisitivo e os péssimos índices de qualidade de vida, têm comprometido mais penosamente seus ganhos corroídos e mais difíceis de manter<sup>11</sup>.

Em decorrência desses fatores, portanto, agora sim, é mister que se estabeleçam instrumentos menos burocráticos e ágeis no sentido

de se tratar o superendividamento. Até porque, como se verá nos passos seguintes, toda a parte do Código de Processo Civil de 1973, que disciplinava a insolvência civil, continua em vigência, até que lei especial cuide desse sem dúvida angustiante tema.

**2.2 Inspiração legislativa** – Na França há lei específica sobre o assunto (1989), mediante a qual se preveem os remédios para o superendividamento, lei que inspirou claramente os autores do anteprojeto a respeito dessa matéria.

O superendividamento nos dias correntes é, indubitavelmente, um gravíssimo problema econômico-social

No tocante à sua *prevenção*, em síntese, a lei francesa refere-se a: **a) imposição de obrigação de informação especial** sobre as consequências dos contratos que envolvam crédito (art. L.111-1 do *Code de la consommation*); **b) proposta ou oferta realizada pelo fornecedor com prazo de validade de 15 dias**, a contar de sua emissão; **c) prazo especial de reflexão (7 dias p/ financiamento de bens móveis**, e 10

p/ imóveis); **d) conexão entre o contrato de consumo e o acessório de crédito**; **e) regime especial de garantias**; **g) regime especial de tratamento**; ou seja, *a renegociação das dívidas acumuladas e em princípio insolváveis*.

E, no que tange às infringências às exigências retrospectivamente pelos fornecedores, a lei em questão prevê o seguinte, principalmente nas hipóteses de *práticas abusivas, oferta e publicidade enganosas* – **a) sanções de natureza civil**: o tomador do empréstimo fica obrigado ao pagamento das prestações, obviamente, mas com isenção dos juros; **b) restituição** quanto aos valores pagos em razão de exigências abusivas.

As referidas sanções podem ser determinadas, inclusive, pelo juízo criminal, como penalidade acessória, além do juízo cível, se inexistir má-fé ou crime de usura real ou contratual. Destacam-se na lei francesa, outrossim, os chamados prazos de graça ou moratórios, durante os quais os pagamentos parcelados e renegociados não sofrem a incidência de juros.

### 3. Nossos pontos de vista então esposados sobre o tratamento do *superendividamento*

Embora não seja este o momento para comentarmos artigo por artigo, o então PLS n. 283/11, aprovado no plenário do Senado Federal em novembro de 2015 e agora sob análise da Câmara dos Deputados sob o n. 3.515/15, vejamos as principais razões pelas quais havíamos propugnado pela sua rejeição, sem a preocupação de comentários sobre artigos específicos, a não ser o que cuida do tratamento judicial e extrajudicial do mencionado fenômeno.

**3.1 Ref. Art. 104-A** – Referido dispositivo seria o corolário lógico da seção específica que cuida do *superendividamento*. Ou seja, cria-se um procedimento próprio para tratar esse fenômeno de maneira mais singela, é certo, do que a *insolvência civil*, do art. 748 e seguintes do Código de Processo Civil. Todavia, pareceu-nos que o caminho mais apropriado, guardadas as peculiaridades de cada unidade da federação brasileira, seria que cada uma adotasse, mediante provimentos do respectivo Conselho Superior da Magistratura ou órgão equivalente, a adaptação da Lei 9.099/95 (Juizados Especiais). É o que fizeram, por exemplo, os tribunais de justiça dos estados do Paraná<sup>12</sup> e do Rio Grande do Sul. Com efeito, no artigo intitulado *Mercosul e o Desafio do Superendividamento*, CLARISSA COSTA DE LIMA<sup>13</sup> cita o provimento gaúcho:

O art. 1.040-A da Consolidação Normativa Judicial do Estado do Rio Grande do Sul, de 2006, dispõe que: Nas hipóteses de *superendividamento*, resta possibilitada a promoção da fase de conciliação prévia ao processo judicial, instaurando-se situação de concurso de credores, mediante remessa de carta-convite aos credores declarados, por interesse da parte devedora, para a composição das dívidas civis. § 1º – A decisão judicial de homologação da conciliação obtida em audiência designada para esta finalidade terá força de título judicial executivo independentemente da representação das partes por advogados. § 2º – A ausência de conciliação no feito não importará em reconhecimento judicial de uma declaração de *insolvência* por parte do devedor (art. 753, II, do CPC), havendo arquivamento do

expediente por simples ausência de acordo entre os interessados e registro de informações com mero caráter estatístico. § 3º – O controle estatístico dos expedientes será efetuado por sistema informatizado, cabendo ao Poder Judiciário a gestão de tal banco de dados.

Conforme nos é dado observar da justificação para tanto, em síntese, tratar-se-ia de um *aggiornamento*, uma atualização, do CDC – Código de Defesa do Consumidor, decorridos já mais de 20 anos agora de sua entrada em vigor.

Ora, o CDC não envelheceu. Ao contrário, muitos dos dispositivos considerados *revolucionários* no Código Civil de 2002 foram claramente inspirados nos corajosos e pioneiros dispositivos do CDC. Se a intenção, outrossim, é meramente dar melhor redação ou explicitação aos dispositivos, sobretudo quando se cuida do consumo mediante outorga de crédito, por exemplo, corre-se o risco de não apenas não serem acolhidos pelas casas legislativas, como também de dar-se azo a que retirem do texto original a própria proteção prevista pelo art. 52, por exemplo, como decorrência, aliás, do tão questionado § 2º do art. 3º, alvo de ação direta de inconstitucionalidade. Isto é: aberta a possibilidade de *revisão do CDC*, qualquer interessado se arvorará no direito e oportunidade de não apenas não aceitar as supostas inovações que se lhe querem atribuir, como também de retirar-lhe conquistas de mais de 20 anos.

Por fim, é de se salientar que embora tenhamos já instrumentos adequados, como já visto, para tratamento do propalado *superendividamento*, economistas esclarecem que o nosso comprometimento de ganhos com relação à obtenção de créditos é infinitamente menor do que em outros países, em especial os mais desenvolvidos. Cuidar-se-ia, em última análise, de modismo e superafetação inútil, à luz de diretivas da União Europeia e da lei francesa que cuidam especificamente da matéria, conforme deixamos claro no artigo publicado no *site* [www.cognitiojuris.com.br](http://www.cognitiojuris.com.br).

É imperioso reconhecer, todavia, que essas últimas assertivas não são mais verdadeiras, já que o superendividamento nos dias correntes é, indubitavelmente, um gravíssimo problema econômico-social.

**3.2 Instrumentos alternativos extrajudiciais** – No artigo intitulado *O Superendividamento: proposta para o seu tratamento*, NEIDE AYOUB, após discutir com bastante acuidade e à luz de sua farta experiência na qualidade de então coordenadora do Núcleo de Superendividamento no PROCON de São Paulo<sup>14</sup>, pondera:

Os órgãos de defesa do consumidor têm perfil propício para desempenhar o papel de orientador de contingente populacional de consumidores bancários dado o alto poder de interlocução, além do caráter neutro e isento de interesses comerciais, bem como o seu corpo técnico experiente nas demandas de crédito e ainda com as informações de que dispõe sobre as práticas dos fornecedores e nível de dificuldade dos consumidores a partir de reclamações fundamentadas, bem como da experiência de renegociações de dívidas, além de seu poder fiscalizatório. Outro fator nesse sentido é a proximidade com o consumidor simples considerando que as pessoas se distanciam dos agentes que tratam de investimentos, letras do tesouro e demais produtos destinados ao investidor, o que faz do PROCON o órgão ideal para disseminar informações em uma linguagem decodificada ao público leigo.<sup>15</sup>

Além dos PROCONs<sup>16</sup>, órgãos precípuos de proteção e defesa do consumidor, portanto, e dos juizados especiais já referidos, figuram como instrumentos importantes para a solução do estado de superendividamento já instalado os próprios organismos privados e até mantenedores de bancos de dados de devedores, tais como a SERASA-EXPERIAN, os Clubes de Dirigentes Lojistas e os Serviços de Proteção ao Crédito das Associações Comerciais, designadamente a de São Paulo, a FEBRABAN – Federação Brasileira dos Bancos e outros, como instâncias informais. Nelas, pelo que se tem observado, são promovidos verdadeiros *mutirões* com vistas à busca de soluções conciliatórias entre fornecedores, de um lado, e superendividados, de outro, de tempos em tempos<sup>17</sup>.

Gostaríamos de salientar nesta oportunidade, por conseguinte, que, não obstante nos mantenhamos inflexíveis com relação a qualquer alteração no texto do Código de Defesa do Consumidor, por razões

já por nós exaustivamente expostas nos trabalhos retromencionados, é certo que, no que tange ao *superendividamento*, há uma exceção. Exceção essa, todavia, que não nos parece que confira ao legislador inteira e absoluta licença para aditar o estatuto consumerista a seu bel prazer.

**3.3 Fundamento** – Sem entrarmos, como já advertido linhas atrás, em detalhes dos demais dispositivos aventados para a lei cujo projeto está sob apreciação da Câmara dos Deputados, concentramo-nos naqueles que, em suma, procuram tratar do fenômeno do *superendividamento* em juízo ou antes dele. Isso porque, consoante dispõe o art. 1.052 do atual Código de Processo Civil<sup>18</sup>:

Até a edição de **lei específica, as execuções contra devedor insolvente**, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Impende salientar, ainda nesse aspecto, que nem o PLS n. 283/2011 nem o ora em trâmite perante a Câmara dos Deputados (PLC n. 3.515/15) preocuparam-se com esse detalhe, com a revogação dos dispositivos que tratam exatamente da insolvência civil no antigo Código de Processo Civil, conforme aguarda o dispositivo antes colacionado do estatuto processual civil ora em vigor.

Atualmente, portanto, é hora de se regulamentar, sim, o tratamento do fenômeno do *superendividamento* – que não deixa de ser uma *insolvência civil*, conforme acentuamos linhas atrás, em que se prevejam as hipóteses e os procedimentos para a novação das dívidas, em última instância.

Continuamos a nos opor, contudo, a eventual regulamentação de mecanismos *preventivos* do *superendividamento*, eis que já suficientemente regulados pelo próprio Código de Defesa do Consumidor.

E, nessa esteira, vejam-se os dispositivos já presentes no estatuto consumeristas, em síntese, que cuidam dessa questão, de molde a se demonstrar a desnecessidade de modificações pretendidas pelo PLC n. 3.515/15.

Aliás, além dos pontos pinçados e que têm relação com dispositivos do Código do Consumidor, há outras salvaguardas de cunho principalmente preventivo, como a vedação de ofertas e publicidades abusivas ou enganosas, de práticas e cláusulas abusivas (cf. artigos 29 a 54).

### 3.3.1 Salvaguardas preventivas

**a) vedação da cláusula-mandato.** Consoante disposto pelo inc. VIII do art. 51 do CDC, *são nulas de pleno direito*, cláusulas que “*imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor*”. Essa questão foi, inclusive, objeto de *súmula do STJ*, de n. 60, cujo enunciado é o seguinte: “*É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste*”. A Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital de S. Paulo viu-se às voltas, no início dos anos 90, com contratos de administradoras de cartões de crédito que continham essa cláusula. Foram instaurados a respeito inquéritos civis para que houvesse a sua revisão, sob pena de ação civil pública com o mesmo desiderato. A maioria das empresas concordou com as recomendações ministeriais, advindo, porém, algumas ações que inspiraram a mencionada *súmula*<sup>19</sup>.

**b) informações cabais** – art. 52, CDC – “*No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: I – preços do produto ou serviço em moeda corrente nacional; II – montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; III – acréscimos legalmente previstos; IV – número e periodicidade das prestações; V – soma total a pagar, com e sem financiamento.*”

**c) Liquidação antecipada** – § 2º do art. 52 – “*É assegurada ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.*”

**d) Redação dos contratos** – § 3º do art. 54 do CDC – “*Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e caracteres ostensivos e legíveis ‘em fonte não inferior ao corpo 12’, para facilitar sua compreensão pelo consumidor.*”

#### 4. Quadro comparativo

Vejam, a seguir, um quadro comparativo entre o que estava disposto no Código de Processo Civil de 1973, as disposições dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e do Paraná, e o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 3.515/15.

### CPC de 1973

#### **Título IV – DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR INSOLVENTE**

##### Capítulo I – DA INSOLVÊNCIA

Art. 748 – Dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor.

Art. 749 – Se o devedor for casado e o outro cônjuge, assumindo a responsabilidade por dívidas, não possuir bens próprios que bastem ao pagamento de todos os credores, poderá ser declarada, nos autos do mesmo processo, a insolvência de ambos.

Art. 750 – Presume-se a insolvência quando:

I – o devedor não possuir outros bens livres e desembaraçados para nomear à penhora;

II – forem arrestados bens do devedor, com fundamento no art. 813, I, II e III.

Art. 751 – A declaração de insolvência do devedor produz:

I – o vencimento antecipado das suas dívidas;

II – a arrecadação de todos os seus bens suscetíveis de penhora, quer os atuais quer os adquiridos no curso do processo;

III – a execução por concurso universal dos seus credores;

Art. 752 – Declarada a insolvência, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e de dispor deles, até a liquidação total da massa.

Art. 753 – A declaração de insolvência pode ser requerida:

I – por qualquer credor quirografário;

II – pelo devedor;

III – pelo inventariante do espólio do devedor.

##### Capítulo II – DA INSOLVÊNCIA REQUERIDA PELO CREDOR

Art. 754 – O credor requererá a declaração de insolvência do devedor, instruindo o pedido com título executivo judicial ou extrajudicial.

Art. 755 – O devedor será citado para, no prazo de 10 (dez) dias, opor embargos; se os não oferecer o juiz proferirá, em 10 (dez) dias, a sentença.

Art. 756 – Nos embargos pode o devedor alegar:

I – que não paga por ocorrer alguma das causas enumeradas nos arts. 741, 742 e 745, conforme o pedido de insolvência se funde em título judicial ou extrajudicial;

II – que o seu ativo è superior ao passivo.

Art. 757 – O devedor ilidirá o pedido de insolvência se, no prazo para opor embargos, depositar a importância do crédito, para lhe discutir a legitimidade ou o valor.

Art. 758 –

Art. 758 – Não havendo provas a produzir, o juiz dará a sentença em 10 (dez) dia; havendo-as designará audiência de instrução e julgamento.

### Capítulo III – DA INSOLVÊNCIA REQUERIDA PELO DEVEDOR OU PELO SEU ESPÓLIO

Art. 759 – É lícito ao devedor ou ao seu espólio, a todo tempo, requerer a declaração de insolvência.

Art. 760 – A petição dirigida ao juiz da comarca em que o devedor tem o seu domicílio, conterà:

I – a relação nominal de todos os credores, com a indicação do domicílio de cada um, bem como da importância e da natureza dos respectivos créditos;

II – a individuação de todos os bens, com a estimativa do valor de cada um;

III – o relatório do estado patrimonial, com a exposição das causas que determinaram a insolvência.

### Capítulo IV – DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA

Art. 761 – Na sentença, que declarar a insolvência, o juiz:

I – nomeará, dentre os maiores credores, um administrador da massa;

II – mandará expedir edital, convocando os credores para que apresentem, no prazo de 20 dias, a declaração do crédito, acompanhado do respectivo título.

Art. 762 – Ao juízo da insolvência concorrerão todos os credores do devedor comum.

§ 1º – As execuções movidas por credores individuais serão remetidas ao juízo da insolvência.

§ 2º – Havendo em alguma execução, dia designado para a praça ou o leilão, far-se-á a arrematação, entrando para a massa o produto dos bens.

#### Capítulo V – DAS ATRIBUIÇÕES DO ADMINISTRADOR

Art. 763 – A massa dos bens do devedor insolvente ficará sob a custódia e responsabilidade de um administrador, que exercerá as suas atribuições, sob a direção e superintendência do juiz.

Art. 764 – Nomeado o administrador, o escrivão o intimará a assinar, dentro de 24 (vinte e quatro) horas termo de compromisso de desempenhar bem a fielmente o cargo.

Art. 765 – Ao assinar o termo, o administrador entregará a declaração de crédito, acompanhada do título executivo. Não o tendo em seu poder, juntá-lo-a no prazo fixado pelo art. 761, II.

Art. 766 – Cumpre ao administrador:

I – arrecadar todos os bens do devedor, onde quer que estejam, requerendo para esse fim as medidas judiciais necessária;

II – representar a massa, ativa e passivamente, contratando advogado cujos honorários serão previamente ajustados e submetidos à aprovação judicial;

III – praticar todos os atos conservatórios de direito e de ações, bem como promover a cobrança das dívidas ativas;

IV – alienar em praça ou e leilão, com autorização judicial, os bens da massa.

Art. 767 – O administrador terá direito a uma remuneração, que o juiz arbitrar, atendendo à sua diligência, ao trabalho, à responsabilidade da função e à importância da massa.

#### Capítulo VI – DA VERIFICAÇÃO E DA CLASSIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS

Art. 768 – Findo o prazo a que se refere o n. II do art. 761, o escrivão, dentro de 5 (cinco) dias, ordenará todas as declarações, autuando cada uma com o seu respectivo título. Em seguida intimará, por edital, todos os credores para, no prazo de 20 (vinte) dias, que lhes é comum, alegarem as suas preferências, bem como a nulidade, simulação, fraude, ou falsidade de dívidas e contratos.

Parágrafo único – No prazo, a que se refere este artigo, o devedor poderá impugnar quaisquer créditos.

Art. 769 – Não havendo impugnações, o escrivão remeterá os autos ao contador, que organizará o quadro geral dos credores, observando quanto à classificação dos créditos e dos títulos legais de preferência o que dispõe a lei civil.

Parágrafo único – Se concorrerem aos bens apenas credores quirografários, o contador organizará o quadro, relacionando-os em ordem alfabética.

Art. 770 – Se, quando for organizado o quadro geral dos credores, os bens da massa já tiverem sido alienados, o contador indicará a percentagem, que caberá a cada credor no rateio.

Art. 771 – Ouvidos todos os interessados, no prazo de 10 (dez) dias, sobre o quadro geral dos credores, o juiz proferirá sentença.

Art. 772 – Havendo impugnação pelo credor ou pelo devedor, o juiz deferirá, quando necessário, a produção de provas e em seguida proferirá sentença.

§ 1º – Se for necessária prova oral, o juiz designará audiência de instrução e julgamento.

§ 2º – Transitada em julgado a sentença, observar-se-á o que dispõem os três artigos antecedentes.

Art. 773 – Se os bens não forem alienados antes da organização do quadro geral, o juiz determinará a alienação em praça ou em leilão destinando-se o produto ao pagamento dos credores.

#### Capítulo VII – DO SALDO DEVEDOR

Art. 774 – Liquidada a massa sem que tenha sido efetuado o pagamento integral a todos os credores, o devedor insolvente continua obrigado pelo saldo.

Art. 775 – Pelo pagamento dos saldos respondem os bens penhoráveis que o devedor adquirir, até que se lhe declare a extinção das obrigações.

Art. 776 – Os bens do devedor poderão ser arrecadados nos autos do mesmo processo, a requerimento de qualquer credor incluído no quadro geral, a que se refere o art. 769, procedendo-se à sua alienação e à distribuição do respectivo produto aos credores, na proporção dos seus saldos.

#### Capítulo VIII – DA EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

Art. 777 – A prescrição das obrigações, interrompida com a instauração do concurso universal de credores, recomeça a correr no dia em que passar em julgado a sentença que encerrar o processo de insolvência.

Art. 778 – Consideram-se extintas todas as obrigações do devedor, decorrido o prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do encerramento do processo de insolvência.

Art. 779 – É lícito ao devedor requerer ao juízo da insolvência a extinção das obrigações; o juiz mandará publicar edital, com o prazo de 30 (trinta) dias, no órgão oficial e sem outro jornal de grande circulação.

Art. 780 – No prazo estabelecido no artigo antecedente, qualquer credor poderá opor-se ao pedido, alegando que:

I – não transcorreram 5 (cinco) anos da data do encerramento da insolvência;

II – o devedor adquiriu bens, sujeitos à arrecadação (art. 776).

Art. 781 – Ouvido o devedor no prazo de 10 (dez) dias, o juiz proferirá sentença; havendo provas a produzir, o juiz designará audiência de instrução e julgamento.

Art. 782 – A sentença que declarar extintas as obrigações, será publicada por edital, ficando o devedor habilitado todos os atos da vida civil.

#### Capítulo IX – DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

**Art. 783 – O devedor insolvente poderá, depois da aprovação do quadro a que se refere o art. 769, acordar com os seus credores, propondo-lhes a forma de pagamento. Ouvidos os credores, se não houver oposição, o juiz aprovará a proposta por sentença.**

Art. 784 – Ao credor retardatário é assegurado o direito de disputar, por ação direta, antes do rateio final, a prelação ou a cota proporcional do ao seu crédito.

Art. 785 – O devedor, que caiu em estado de insolvência sem culpa sua, pode requerer ao juiz, se a massa o comportar, que lhe arbitre uma pensão, até a alienação dos bens. Ouvidos os credores, o juiz decidirá.

Art. 786 – As disposições deste Título aplicam-se às sociedades civis qualquer que seja a sua forma.

Art. 786-A – Os editais referidos neste Título também serão publicados, quando for o caso, nos órgãos oficiais dos Estados em que o devedor tenha filiais ou representantes.

**Nota => Não há, em tese, a possibilidade de tentativa de conciliação entre devedor e credores, evitando o litígio propriamente dito, a não ser nas condições preconizadas pelo artigo 783, mas já arrecadados os eventuais bens do devedor insolvente e preparado o quadro geral de credores.**

## PROVIMENTOS OU RESOLUÇÕES DE TRIBUNAIS

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Art. 1.040 – Nas hipóteses de superendividamento, resta possibilitada a **promoção da fase de conciliação prévia** ao processo judicial, instaurando-se situação de concurso de credores, mediante remessa de carta-convite aos credores declarados, por interesse da parte devedora, para a composição das dívidas civis.

§ 1º – A decisão judicial de **homologação da conciliação obtida em audiência designada** para esta finalidade terá força de título judicial executivo independentemente da representação das partes por advogados.

§ 2º – **A ausência de conciliação no feito não importará em reconhecimento judicial de uma declaração de insolvência por parte do devedor** (art. 753, II, do CPC), havendo arquivamento do expediente por simples ausência de acordo entre os interessados e registro de informações com mero caráter estatístico.

§ 3º – O controle estatístico dos expedientes será efetuado por sistema informatizado, cabendo ao Poder Judiciário a gestão de tal banco de dados.

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

#### RESOLUÇÃO N. 01/2011 – CSJEs

Protocolo n. 247.326/2008

Veiculada no Diário da Justiça Eletrônico n. 613 de 15/04/2011

Dispõe sobre o tratamento de superendividamento de consumidores perante os Juizados Especiais Cíveis.

O Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais do Estado do Paraná, considerando a competência prevista nos artigos 93 e 95, ambos da Lei Federal n. 9.099/95, 13, X, e 109, ambos da Constituição Estadual, 58, VIII, e 60, § 8º, ambos do Código de Organização e Divisão Judiciárias e 9º, I, da Resolução n. 07/2004 –CSJEs

RESOLVE:

Art. 1º. Criar e autorizar a instalação do projeto de tratamento das situações de superendividamento de consumidores perante os Juizados Especiais Cíveis do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, mediante a Coordenação de Juiz Supervisor designado pela Supervisão-Geral dos Juizados Especiais.

§ 1º. O projeto tem por objetivo mediar a renegociação de dívidas decorrentes de relação de consumo (não profissionais), do devedor pessoa física, de boa-fé, que se vê impossibilitado de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (superendividado), com todos os seus credores, de acordo com seu orçamento familiar, de modo a garantir a subsistência básica de sua família.

§ 2º. A implantação deste projeto, nos moldes desta Resolução, poderá ser feita por qualquer Juizado Especial Cível do Estado do Paraná, mediante requerimento do juiz supervisor interessado e autorização do Supervisor-Geral do sistema.

Art. 2º. Os juizados integrantes do projeto terão competência para promover e homologar a conciliação, pré ou para processual, realizada em audiência de renegociação designada para esse fim entre os consumidores-devedores e os credores declarados que sejam aderentes.

Art. 3º. Para ter acesso ao procedimento a que se refere esta deliberação, o consumidor-devedor precisa ser pessoa física, maior de 18 (dezoito) anos, capaz e estar de boa-fé, devendo preencher formulário-padrão, fornecido pela Coordenação do projeto, no qual declarará as suas dívidas, os seus credores, seus dados pessoais, socioeconômicos e demais informações pertinentes.

§ 1º. As dívidas referidas no *caput* deste dispositivo devem ter por origem relação de consumo, não profissionais, podendo ser vencidas ou a vencer, inexistindo limitação quanto ao valor individual ou global para o fim de fixação da competência.

§ 2º. O consumidor-devedor deverá ser advertido de que sua boa-fé será medida de acordo com a veracidade dos dados fornecidos.

Art. 4º. No momento do pedido é agendada a data da audiência de renegociação, para a qual já ficará cientificado o consumidor-devedor. Parágrafo único. Os credores declarados serão convidados a comparecer à audiência de renegociação por meio da remessa de carta-convite padrão, preferencialmente pela via eletrônica, podendo, para tanto, ser previamente ajustado o fornecimento dos endereços eletrônicos.

**Art. 5º. A audiência de renegociação será, preferencialmente, em sessão coletiva, na qual a mediação será realizada com o consumidor superendividado e todos os credores aderentes, ou se necessário, em sessões individuais, presidida por Juiz de Direito ou Conciliador.**

**Parágrafo único.** Buscar-se-á na audiência de renegociação a obtenção de acordo que observe a preservação do mínimo existencial para o consumidor-devedor.

**Art. 6º.** Se obtida a conciliação, será o respectivo termo de audiência distribuído e, após, homologado por sentença pelo juiz supervisor, constituindo título executivo judicial, sendo que os termos do acordo devem constar da ata da respectiva audiência, em documento único, com identificação de cada credor singularmente, valores acordados, forma de pagamento e consequências em caso de descumprimento.

§ 1º. Não ocorrendo a conciliação, o feito é arquivado, sem implicar o reconhecimento judicial de declaração de insolvência pelo consumidor devedor.

§ 2º. A ausência injustificada do devedor à audiência ou o descumprimento de acordo anteriormente firmado no projeto implicará a impossibilidade de novamente se beneficiar do procedimento.

**Art. 7º.** A estruturação de pessoal e de material que se fizer necessária deverá ser objeto de pedido da Coordenadoria do projeto ao Supervisor-Geral do Sistema de Juizados Especiais, o qual, assentindo, diligenciará perante a Presidência do Tribunal de Justiça e outros órgãos.

**Art. 8º.** Os casos omissos serão resolvidos pela Supervisão-Geral do sistema.

**Art. 9º.** Esta resolução entrará em vigor a partir da data de sua publicação no Diário Eletrônico da Justiça do Estado do Paraná.

Curitiba, 06 de abril de 2011.

**NOTA => Procedimentos bastante simples e com possibilidade desde logo de conciliação entre devedor e credores.**

### PLC 3.515/15

**Art. 104-A.** A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, **o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo,** com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas.

§ 1º Excluem-se do processo de repactuação as dívidas de caráter alimentar, as fiscais, as parafiscais e as oriundas de contratos celebrados dolosamente sem o propósito de realizar o pagamento, bem como as dívidas oriundas dos contratos de crédito com garantia real, dos financiamentos imobiliários e dos contratos de crédito rural.

§ 2º O não comparecimento injustificado de qualquer credor, ou de seu procurador com poderes especiais e plenos para transigir, à audiência de conciliação de que trata o caput deste artigo acarretará a suspensão da exigibilidade do débito e a interrupção dos encargos da mora.

§ 3º **No caso de conciliação, com qualquer credor, a sentença judicial que homologar o acordo descreverá o plano de pagamento da dívida, tendo eficácia de título executivo e força de coisa julgada.**

§ 4º Constarão do plano de pagamento:

I – medidas de dilação dos prazos de pagamento e de redução dos encargos da dívida ou da remuneração do fornecedor, entre outras destinadas a facilitar o pagamento das dívidas;

II – referência à suspensão ou extinção das ações judiciais em curso;

III – data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e cadastros de inadimplentes;

IV – condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem o agravamento de sua situação de superendividamento.

§ 5º O pedido do consumidor a que se refere o caput deste artigo não importa declaração de insolvência civil e poderá ser repetido somente após decorrido o prazo de 2 (dois) anos, contado da liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento homologado, sem prejuízo de eventual repactuação.

Art. 104-B. Inexistindo a conciliação em relação a quaisquer credores, o juiz, a pedido do consumidor, instaurará processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório, procedendo à citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo porventura celebrado.

§ 1º Serão considerados, se for o caso, os documentos e as informações prestadas em audiência.

§ 2º No prazo de 15 (quinze) dias, os credores citados juntarão documentos e as razões da negativa de aceder ao plano voluntário ou de renegociar.

§ 3º O juiz poderá nomear administrador, desde que isso não onere as partes, o qual, no prazo de até 30 (trinta) dias, após cumpridas as diligências eventualmente necessárias, apresentará plano de pagamento contemplando medidas de temporização ou atenuação dos encargos.

§ 4º O plano judicial compulsório assegurará aos credores, no mínimo, o valor do principal devido, corrigido monetariamente por índices oficiais de preço, e preverá a liquidação total da dívida em, no máximo, 5 (cinco) anos, sendo a primeira parcela devida no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado de sua homologação judicial, e o restante do saldo devido em parcelas mensais iguais e sucessivas.

Art. 104-C. Compete concorrentemente aos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor a fase conciliatória e preventiva do processo de repactuação de dívidas, nos moldes do art. 104-A, no que couber.

§ 1º Em caso de conciliação administrativa para prevenir o superendividamento do consumidor pessoa natural, os órgãos públicos poderão promover, nas reclamações individuais, audiência global de conciliação com todos os credores e, em todos os casos, facilitar a elaboração de plano de pagamento, preservando o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, sob a supervisão desses órgãos, sem prejuízo das demais atividades de reeducação financeira cabíveis.

§ 2º O acordo firmado perante os órgãos públicos de defesa do consumidor, em caso de superendividamento do consumidor pessoa natural, deverá incluir a data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e cadastros de inadimplentes, assim como o condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem o agravamento de sua situação de superendividamento, especialmente a de contrair novas dívidas.

**Nota => aqui também preocupação primordial com um “concurso de credores” conciliatório, antes de qualquer execução propriamente dita das dívidas.**

## 5. Conclusão

Vê-se pela coluna da esquerda, o quão longo e penoso é o procedimento previsto *ainda em vigor* em termos de processo civil para o *superendividado (rectius devedor insolvente)*. Em quase 50 anos de

vivência com o direito, somente vimos dois casos de insolvência civil, ao lado certamente de diversas falências comerciais propriamente ditas.

Portanto, enquanto não sobrevier a alvitrada regulamentação da *insolvência civil*, que nada mais é do que chamamos de *incidente de superendividamento*, continuarão a coexistir os artigos 748 a 786-A do Código de Processo Civil de 1973 e *procedimentos mais simplificados* adotados, como visto, por alguns órgãos do Poder Judiciário, como Rio Grande do Sul, Paraná, Rio de Janeiro, São Paulo e outros, mediante *provimentos* e convênios com os PROCONs, por estes mesmos e entidades não governamentais, em negociações com vistas ao atendimento e socorro aos superendividados.

Cremos, com efeito, que como o dispositivo citado da vigente lei processual civil fala em previsão das execuções contra devedor insolvente *em lei específica*, o Código de Defesa do Consumidor talvez seja, realmente, mas somente agora, o lugar mais adequado para tanto. Até porque *para o devedor não consumidor*, ou seja, o fornecedor de produtos e serviços, há os procedimentos próprios da falência e recuperação judicial. E para tanto bastaria a inserção de emenda ao projeto em trâmite na Câmara dos Deputados, para declarar finalmente revogados os dispositivos mencionados do antigo Código de Processo Civil.

Continuamos, entretanto, a guardar reservas com relação aos demais dispositivos alvitrados no agora PLC n. 3.515/15<sup>20</sup>.

## Notas

1. José Geraldo Brito Filomeno. Advogado, consultor jurídico (Bonilha, Ratto & Teixeira – Advogados) e professor especialista em Direito do Consumidor, membro da Academia Paulista de Direito e coordenador da Comissão Geral de Ética do Governo Estadual. Foi Procurador Geral de Justiça do Estado de S. Paulo, o primeiro membro do Ministério Público do Brasil a exercer as funções de Curadoria Especializada em Defesa do Consumidor, vice-presidente e relator geral da comissão especial de juristas que elaborou o anteprojeto do vigente Código de Defesa do Consumidor.
2. Destacando-se os princípios da *boa-fé, transparência, vulnerabilidade, hipossuficiência para efeitos de inversão do ônus da prova, destinação final de produtos e serviços*.
3. **Multidisciplinar** na medida que contém dispositivos de outros diplomas legais como, por exemplo, a responsabilidade civil objetiva, interpretação

mais favorável dos contratos à parte mais fraca, inversão do ônus da prova, delitos específicos contra as relações de consumo, prescrições de caráter administrativo etc. **Interdisciplinar** porquanto mantém relacionamento com praticamente todos os ramos do Direito, a começar pela Constituição Federal que é sua gênese, Códigos Civil, Comercial, Processos Civil e Penal, normas de caráter administrativo etc.

4. Por exemplo: a) regulamentação do CDC para definição de infrações administrativas, procedimento para a imposição de sanções (Decreto Federal 2.181/97; Lei Estadual (SP) 10.177/99 e Portaria PROCON 45/15); b) precificação de produtos (Lei Federal 10.962/04); c) termos de quitação anual relativo a pagamentos por serviços contínuos (Lei Federal 12.007/09); d) informes de tributos que incidem sobre produtos e serviços (Lei Federal 12.741/12); e) agendamento de entrega de produtos e execução de serviços (Lei Estadual (SP) 13.747/09); f) prática do *recall* (Portaria MJ 487/15); g) funcionamento dos SACs (Decreto Federal 6.523/08 e Portaria 2.014/08); h) *ranking* das 10 maiores empresas reclamadas junto aos PROCONs (Lei Estadual (SP) 15.218/13); i) comércio por meio eletrônico (Decreto Federal 7.962/13) e outros.
5. *In* Revista Jurídica *Cognitio Juris*, ano I, n. 1, abril de 2011, ISSN 2236-3009, editada por [www.cognitiojuris.com.br](http://www.cognitiojuris.com.br) e na Revista Eletrônica de Atualidades Jurídicas n. 13, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB ([www.oab.org.br/editora/default.asp](http://www.oab.org.br/editora/default.asp)).
6. *In* Revista da Academia Paulista de Direito, coordenação de Rogério Donnini e Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Editora Fiuza, SP, ano 1, n. 2, jul/dez 2011, p. 117-152. Também publicado pela Revista Eletrônica [www.cognitiojuris.com.br](http://www.cognitiojuris.com.br), e pela Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, Bonijuris, J.M. Editora, Curitiba, PR, v. II, n. 04, dezembro de 2012, p. 85-128.
7. Ministro Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, professores Ada Pellegrini Grinover, Cláudia Lima Marques, Leonardo Bessa, Kazuo Watanabe e Roberto Castellanos Pfeiffer.
8. Fonte: [www crefisa.com.br/produtos/credito-pessoal](http://www crefisa.com.br/produtos/credito-pessoal)
9. *Brandwashed: o lado oculto do marketing – controlamos o que compramos ou são as empresas que escolhem por nós?* HSM Ed., SP, 1a. ed., 2012, p. 17.
10. *Ob. cit.*, p. 18.
11. SUPERENDIVIDAMENTO E O PIB – Fonte: Folha de S. Paulo, edição de 6-7-2011, p. B-4 VINICIUS TORRES FREIRE: “O BRASILEIRO está superendividado? A pergunta se tornou assunto na mídia econômica do mundo. A opinião mais ‘pop’ e frequente diz que sim. Os mais alarmistas, em geral mais ignorantes do Brasil, acreditam que a parte da renda dedicada ao pagamento dos empréstimos teria chegado a um nível semelhante ao de países que viveram estouro de bolhas de crédito. Antes de mais nada, note-se que os dados disponíveis para comparações internacionais sobre o peso da dívida na renda das famílias são precários. Mesmo que as metodologias sejam ajustadas, ainda assim é preciso comparar contextos (evolução de renda, prazos e juros das dívidas, se as taxas de juros são flutuantes ou fixas etc.). Em seguida, observem-se dados

menos incertos. O total da dívida em relação ao PIB é de 54% no Brasil. No vizinho Chile, 98%; na China, 112%; nos EUA, 203%; no Reino Unido, 214% (inclui dinheiro captado no mercado de capitais doméstico, dados do Banco Mundial, tirados de estudo do banco HSBC). O endividamento das famílias ('pessoa física') é de 42% da renda líquida no Brasil, segundo dados da OCDE, apresentados ontem no Congresso pelo presidente do Banco Central, Alexandre Trombini. Nos EUA, é de 104%; no Japão, 126%; no Reino Unido, 171%. A medida mais precisa para avaliar o endividamento das famílias, seria o peso da dívida: a parcela da renda mensal dedicada ao pagamento de juros e principal. A depender do método, a média brasileira estaria entre 20% e 30%. Fora dos bancos, inexistente informação sobre a distribuição da dívida: quanta gente está mais endividada do que a média. Um estudo do HSBC, junho passado, resume assim a situação: 1) O Brasil vive um boom, não uma bolha de crédito – o total do crédito em relação ao tamanho da economia (estoque de crédito-PIB) cresceu rápido, mas era e ainda é baixa; 2) O perfil da dívida das famílias tem melhorado desde 2004. As taxas de juros são cadentes, o crédito migra para modalidade mais seguras e baratas (imóveis, consignado, veículos, em vez de cartão de crédito e cheque especial); 3) Medidas macroprudenciais limitaram a aceleração do endividamento (mais exigências de capital bancário, limitações de prazos, mais exigência de pagamento da dívida do cartão etc.); 4) A renda das famílias está crescendo; 5) A dívida está mais pesada para as famílias, 'mas longe de ser uma situação alarmante nos níveis atuais. 'Desde que os salários cresçam no ritmo da inflação, não se espera nenhuma deterioração além do movimento cíclico' (decorrente de altas e baixas de juros, em suma do crescimento do PIB). Note-se, de resto, que para o bem ou para o mal faltam ou são raros no Brasil os instrumentos financeiros que permitem alavancagem excessiva de dívida; inexistem securitizações malucas e em massa de dívida bancária. A regulação bancária do país é forte (a capitalização dos bancos está acima da média global). Enfim, há muita provisão nos bancos para créditos duvidosos – a banca é conservadora no crédito ao consumidor (ou parece ser, segundo os dados disponíveis no Banco Central).”

12. Cfr. no *site* [www.tjpr.jus.br/superendividamento](http://www.tjpr.jus.br/superendividamento) exposição com gráficos e figuras sobre o procedimento instituído pela Resolução TJPR n. 01/2011, reproduzida no quadro comparativo a seguir. Acesso em 16-11-2016.
13. *Revista Direito do Consumidor* n. 73, janeiro/março de 2010, Thomsom Reuters (Revista dos Tribunais), p. 11-50.
14. Artigo publicado na obra coletiva por nós coordenada e intitulada *Tutela Administrativa do Consumidor: atuação dos PROCON's, legislação, doutrina e jurisprudência*, Atlas, S.P., 1ª edição, 2014, p. 343-366.
15. Cf. obra citada, p. 365.
16. A Fundação PROCON-SP promove cursos gratuitamente sobre Educação Financeira, com enfoque especial na prevenção e no “tratamento” do superendividamento. Cf. [www.procon.sp.gov.br](http://www.procon.sp.gov.br). Também o recentemente instalado PROCON Metropolitano de São Paulo, Capital, organizou um curso

especial sobre essa matéria, nos dias 8 a 11 de novembro de 2016, e igualmente se reveste de mais uma alternativa para iniciativas no que tange ao tratamento e assessoramento aos superendividados.

17. Cf. <https://economia.uol.com.br> (acesso em 17-9-2016): “NOME SUJO? Evento em SP ensina como negociar dívidas e limpar seu nome. *Voluntários da Serasa Experian fazem um plantão de atendimento neste sábado (17) para ajudar os consumidores a saber se estão com o nome sujo e orientá-los a renegociar dívidas e limpar o nome. Também haverá palestras sobre o que fazer em caso de desemprego. As atividades fazem parte da 3ª Semana do Voluntariado da Serasa Experian e acontecem na cidade de São Paulo (capital) e em São Carlos (SP). Em São Paulo, além da Serasa, estarão presentes o CIEE (Centro de Integração Empresa-Escola) e o CAT (Centro de Atendimento ao Trabalhador). Os consumidores poderão consultar vagas de estágio e de empregos e tirar carteira de trabalho. Todas as atividades são gratuitas e abertas ao público. O atendimento será por ordem de chegada e serão distribuídas senhas no local. Não é preciso chegar com antecedência, segundo a Serasa.*”
18. Lei Federal 13.105, de 16-3-2015.
19. Cf. nosso artigo *Ação Coletiva Consumerista: origens e evolução*, na obra coletiva coordenada por ÉDIS MILARÉ, *Ação Civil Pública após 30 Anos*, Ed. Revista dos Tribunais (Thomson Reuters), 2015, p. 461-476.
20. Texto de ensaio elaborado em 16-11-2016, e revisto em 15-8-2017.



DA  
OBRIGATORIEDADE  
DE SEPARAÇÃO DE  
IMAGEM ENTRE  
OPERADORES DE REDE  
DE DISTRIBUIÇÃO  
DE ENERGIA E  
COMERCIALIZADOR

JOÃO QUINTELA CAVALEIRO<sup>1</sup>  
Advogado

ANA CRISTINA PRETO<sup>2</sup>  
Advogada

## **EXCERDOS**

*“A harmonização e a liberalização do mercado energético têm-se assumido como um dos principais planos de atuação no âmbito das políticas comuns da União Europeia (EU)”*

*“Compete ainda à Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) proteger adequadamente os interesses dos consumidores, em particular os consumidores economicamente vulneráveis”*

*“A introdução da regulação no setor veio permitir, para o caso da eletricidade, que coexistam atividades potencialmente competitivas (produção e comercialização) e atividades de monopólio (transporte, distribuição)”*

*“Cabe à ERSE assegurar que os operadores das redes de transporte e distribuição cumpram as obrigações que lhes são incumbidas por força das diretivas comunitárias e de outra legislação comunitária aplicável, inclusive no que respeita a questões transfronteiriças”*

## I. Enquadramento da Temática

A temática da separação da imagem entre operadores de rede de distribuição de energia e comercializadores reassumiu nos últimos tempos assomada repercussão pública, catapultada por um conjunto de notícias vindas a público. A discussão sobre obrigação de separação de imagem entre operador de rede de distribuição e comercializador não é de todo uma novidade. Insere-se num quadro legislativo no âmbito das políticas comuns da União Europeia (UE) que, em conjunto com outras medidas, pretende, em *ultima ratio*, estabelecer medidas que visam a consolidação de um mercado energético que funcione em benefício de todos os consumidores, independentemente da sua dimensão, e que garanta ao mesmo tempo um fornecimento de energia mais seguro, competitivo e sustentável na UE.

É pois neste contexto que a ERSE (Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos) procedeu à aprovação e publicação dos regulamentos do setor elétrico e ao regulamento da qualidade de serviço do setor eléctrico e do gás natural, no passado dia 4 de outubro de 2017. A revisão foi motivada pela necessidade de consagrar e clarificar a nível regulamentar especificidades decorrentes de desenvolvimentos legislativos, mas também a necessidade de reforçar obrigações comunitárias de separação de imagem que impendem sobre os operadores de rede de distribuição.

O presente artigo visa analisar as alterações legislativas e regulamentares *em matéria de separação de imagem entre operador e comercializador*, tendo por base:

- i. análise das diretivas comunitárias que estabelecem as regras comuns para o mercado interno, quer da eletricidade, quer do gás natural;
- ii. análise da legislação que transpõe para a ordem jurídica portuguesa as diretivas comunitárias;
- iii. os diplomas regulamentares adoptados pela ERSE;
- iv. os motivos e as razões que fundamentaram as alterações legislativas e o atual contexto legislativo; e por fim
- v. o papel do regulador e as consequências de uma eventual violação das imposições legais.

Em concreto, a necessidade de revisão do Regulamento das Relações Comerciais surgiu da avaliação efetuada pela Comissão Europeia (CE)

relativamente à concretização das disposições referentes à separação e diferenciação de imagem, que constam já do “*Terceiro Pacote Energético*”. Aprovado pela UE e transposto para o ordenamento jurídico português, estabelece as regras comuns para o mercado interno tanto da eletricidade quanto do gás natural.

No caso específico de Portugal, foram identificadas dúvidas quanto à correta transposição daquelas normas, dúvidas que poderão vir a consubstanciar-se numa possível abertura de um processo de incumprimento a Portugal, por incorreta transposição das diretivas para o mercado interno energético.

De acordo com o Documento Justificativo da Proposta de Alteração ao Regulamento das Relações Comerciais do Setor Elétrico, a ERSE veio esclarecer que

As dúvidas colocadas pela CE centram-se, no essencial, na adequada separação de imagem comercial das empresas de distribuição e de comercialização de um mesmo grupo económico, o que sugere que, na perspetiva da Comissão Europeia, não existirá a devida segregação de imagem entre aquelas empresas.

À situação identificada pela Comissão Europeia, acresce, com alguma frequência, o mesmo tipo de circunstância identificada por outras entidades e agentes a atuar no mercado português de eletricidade, subsistindo, de certa forma, a ideia que o nível de separação atingido não será o ideal.

Desde a primeira definição de disposições relativas à separação e diferenciação de imagem pela ERSE, em particular no quadro regulamentar, foi estabelecido como objetivo central desta atuação, uma concreta e efetiva garantia dos princípios de transparência e de igualdade de tratamento e oportunidades no exercício de atividades reguladas.

Neste sentido, a presente revisão regulamentar pretende garantir a implementação de normas mais claras e estritas em relação à separação de imagem de entidades verticalmente integradas e que atuem no âmbito do setor elétrico. Em consequência, tais disposições deverão assegurar que a avaliação efetuada pela Comissão Europeia afasta todas as dúvidas quanto a uma correta transposição das normas constantes da última Diretiva para o mercado interno da eletricidade.

Para concretização destes objetivos, as alterações propostas deverão abranger, com maior efetividade, a separação de imagem comercial e a reformulação dos programas de conformidade das empresas em causa, de modo a assegurar que a separação de imagem (perspetiva quase apenas gráfica) corresponda um efetivo conjunto de obrigações de transparência, não discriminação e igualdade de tratamento (por exemplo ao nível da informação gerida e disponibilizada ao mercado).

Em concreto, propõe-se agora que a imagem comercial dos operadores de rede de distribuição e dos comercializadores de último recurso, não possam conter elementos comuns na sua imagem gráfica e designação comercial relativamente a outras empresas que, em relação de grupo, atuem em outras atividades do setor elétrico. Daqui decorrerá que os logotipos e a própria designação comercial daqueles agentes se devem objetivamente diferenciar das que são utilizados por, por exemplo, comercializadores em regime de mercado do mesmo grupo ou a própria sociedade holding.”(sublinhado nosso)

Pelo exposto, o novo Regulamento das Relações Comerciais para o setor energético, recentemente aprovado, visa aprofundar a obrigatoriedade de separação de imagem, que já resultava, no entanto, do referido “*Terceiro Pacote Energético*”, que analisaremos *infra*.

A harmonização e a liberalização do mercado energético têm-se assumido como um dos principais planos de atuação no âmbito das políticas comuns da União Europeia (EU). Entre 1996 e 2009 têm-se adotado consecutivamente medidas legislativas que regulam o acesso ao mercado, a transparência e a regulamentação, a proteção dos consumidores, o apoio à interligação e os níveis adequados de fornecimento.

Atualmente o contexto legislativo e regulamentar tem como principais objetivos o aumento da concorrência, a existência de uma regulamentação eficaz e o incentivo ao investimento em benefício dos consumidores, estabelecendo medidas que visam a consolidação de um mercado que funcione em benefício de todos os consumidores, independentemente da sua dimensão e que garanta ao mesmo tempo o fornecimento de energia mais seguro, competitivo e sustentável na União Europeia.

Em Portugal, a responsabilidade pela regulamentação do setor energético está atualmente cometida, desde 2007, à Direção Geral de Energia e Geologia, criada com a entrada em vigo do Decreto-Lei 139/2007, de 27 de abril, que tem como principal objetivo “*contribuir para a concepção, promoção e avaliação das políticas relativas à energia e aos recursos geológicos, numa óptica do desenvolvimento sustentável e de garantia da segurança do abastecimento*”.

Compete ainda à Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) proteger adequadamente os interesses dos consumidores, em particular os consumidores economicamente vulneráveis em relação a preços, qualidade de serviço, acesso à informação e segurança de abastecimento; promover a concorrência entre os agentes intervenientes nos mercados, nomeadamente no âmbito do mercado interno da energia, garantindo às empresas dos setores regulados exercidos em regime de serviço público o equilíbrio económico-financeiro no âmbito de uma gestão adequada e eficiente; contribuir para a progressiva melhoria das condições económicas e ambientais, e ainda arbitrar e resolver litígios, fomentando a resolução extrajudicial de litígios (cfr. Decreto-Lei 84/2013, de 25 de junho), competindo-lhe ainda as funções sancionatórias do setor energético (cfr. Lei 9/2013, de 28 de janeiro).

Por outro lado, tal como outro mercado competitivo, também aqui a Autoridade da Concorrência, criada em 2003, tem como dever assegurar a aplicação das regras de concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e da livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, com um elevado nível de progresso técnico e, sobretudo, o prosseguimento de maior benefício para os consumidores. (cfr. art. 1º do Decreto-Lei 10/2003, de 18 de janeiro).

## **II. Da legislação genericamente aplicável**

O enquadramento legal da questão em apreço já se configurava tendo em conta o “*Terceiro Pacote Energético*” aprovado pela UE e transposto para o ordenamento jurídico português, que estabelece as regras comuns para o mercado interno quer da eletricidade, quer do gás natural, e que tem por base os seguintes diplomas:

- i. Diretiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2003;
- ii. Diretiva 2003/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2003;
- iii. Diretiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de julho de 2009;
- iv. Diretiva 2009/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de julho de 2009;
- v. Decreto-Lei 78/2011, de 20 de junho, que transpõe para a ordem jurídica a Diretiva 2009/72/CE;
- vi. Decreto-Lei 77/2011, de 20 de junho, que transpõe para a ordem jurídica a Diretiva 2009/73/CE;
- vii. Regulamento 561/2014, de 22 de dezembro de 2014, Regulamento de Relações Comerciais do Setor Elétrico, entretanto revogado;
- viii. Lei 9/2013, de 28 de janeiro, que aprova o regime sancionatório do setor elétrico;
- ix. Decreto-Lei 84/2013, de 25 de junho, que aprova os Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos;
- x. Diretiva 23/2013, de 22 de novembro, que aprova as medidas para a diferenciação da imagem da EDP Distribuição;
- xi. Regulamento 416/2016, de 29 de abril de 2016, que aprova o Regulamento das Relações Comerciais do Setor do Gás Natural.

Da conjugação da legislação é patente uma intenção por parte da União Europeia no sentido de solidificar o mercado da eletricidade e do gás natural, visando proporcionar uma possibilidade real de escolha a todos os consumidores, sejam eles cidadãos ou empresas, criar novas oportunidades de negócio e intensificar o comércio transfronteiriço, de modo a assegurar ganhos de eficiência, preços competitivos e padrões de serviço mais elevados e a contribuir para a segurança do fornecimento e a sustentabilidade.

Nesse sentido, as diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho vieram estabelecer regras comuns para o mercado interno da eletricidade, nomeadamente:

- a) abertura de mercado e reciprocidade;
- b) obrigações de serviço público e proteção dos consumidores;
- c) separação dos operadores nas várias atividades;

- d) acesso às redes regulado;
- e) exigência de separação das atividades das empresas verticalmente integradas;
- f) entidades reguladoras.

Essas medidas seguiram a ideia de harmonização das competências das entidades reguladoras, de criação de mecanismos adequados e eficazes de regulação, supervisão e transparência, de forma a evitar abusos de posição dominante, discriminação e distorção da concorrência e a garantir o respeito pelas normas de confidencialidade. O objetivo era igualmente dar cumprimento aos princípios da liberdade de circulação de mercadorias e da liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços que pressupõem um mercado plenamente aberto que pudesse permitir a todos os consumidores a livre escolha de comercializadores e a todos os comercializadores o livre abastecimento dos seus clientes.

As regras vigentes em matéria de separação jurídica e funcional, tal como previstas naquelas diretivas não levaram, todavia, à separação efetiva dos operadores das redes de transporte, mantendo-se os conflitos de interesses e a discriminação dos concorrentes no acesso às redes e no investimento no fornecimento, sendo que se manteve o incentivo que se apresentava às empresas verticalmente integradas.

### **III. Da separação jurídica e da obrigação de diferenciação de imagem entre operador de rede de distribuição e comercializador de energia**

O termo “separação” (*unbundling*) já era comum para a maioria dos agentes dos mercados e serviços relacionados com o setor energético. De fato, a política de separação está no centro das modificações estruturais do setor energético como um meio para atingir um fim.

Já no “*Segundo Pacote Energético de 2003*”, ou seja, nas diretivas de 2003, a separação jurídica e contabilística estava prevista, podendo os Estados-membros optar pela separação da propriedade. No entanto, a subsistência de situações de integração vertical e de monopólios atrasaram significativamente o estabelecimento de uma sã concorrência, o que terá determinado a manifesta insuficiência de investimentos infraestruturais e a manutenção de mercados fechados que limitam as oportunidades de entrada de novos agentes.

Assim como as Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE, o objetivo final pretendido foi o de assegurar a separação/independência de atividades de transporte de qualquer um dos agentes integrados em sociedades verticalmente integradas, proporcionando uma quebra na cadeia da propriedade no setor da energia.

Em concreto, no que toca à presente questão, as diretivas são claras no sentido da separação das redes dos operadores das redes de distribuição das várias atividades, para que seja evitada a discriminação entre utilizadores ou categorias de utilizadores da rede, em especial a favor das empresas suas coligadas.

No mesmo sentido, a atividade dos operadores deverá ser independente das demais atividades no setor, pelo menos em termos de forma jurídica, organização e tomada de decisões, de outras atividades não relacionadas com a distribuição, por forma a evitar que possa tirar proveito da sua integração vertical para distorcer a concorrência junto do ramo de comercialização.

Quanto ao operador de rede de distribuição, este deve ser independente, no plano jurídico, da organização e da tomada de decisões de outras atividades não relacionadas com a distribuição. Em particular, os operadores de redes de distribuição verticalmente integrados não devem, nas suas comunicações e imagens de marca, criar confusão no que respeita à identidade.

Os termos em que essa diferenciação deve ser feita ficam para disposições regulamentares, ou seja, para os termos estabelecidos no Regulamento de Relações Comerciais. Cabe, em última análise, à ERSE a fixação dos termos que os operadores de rede devem respeitar, cabendo-lhe igualmente poderes de fiscalização e auditoria.

Quanto à questão em análise, as diretivas prescrevem que o operador da rede de distribuição deve ser independente, pelo menos em termos de forma jurídica, organização e tomada de decisões, de outras atividades não relacionadas com a distribuição (cfr. art. 26º, n. 1).

E, ainda no mesmo parágrafo, prescreve-se que *“estas normas não criam a obrigação de separar da empresa verticalmente integrada a*

Cabe à ERSE a fixação dos termos que os operadores de rede devem respeitar, cabendo-lhe igualmente poderes de fiscalização e auditoria

*propriedade dos ativos da rede de distribuição*”. No entanto, no 3º parágrafo, as diretivas tornam-se claras no sentido em que “os operadores de redes de distribuição verticalmente integrados *não devem, nas suas comunicações e imagens de marca, criar confusão no que respeita à identidade distinta do ramo de comercialização da empresa verticalmente integrada*”.

Nesse sentido, as diretivas prescrevem que nas empresas verticalmente integradas, no âmbito das respectivas atividades, devem estas assegurar a sua distinção, que deverá ser feita em termos que, do ponto de vista do homem médio, seja suscetível de diferenciação, entendimento que deverá ser extensível aos postos de atendimento, que deverão também ser diferenciados.

Este entendimento era já vertido no Regulamento de Relações Comerciais do Setor Elétrico e no Regulamento de Relações Comerciais do Setor do Gás Natural (cfr. art. 57º, n. 3, alí. b) onde, tendo em vista a separação das atividades dos operadores das redes de distribuição, se previa:

n. 3 – Com o objetivo de assegurar os princípios no número anterior, os operadores das redes de distribuição devem adotar as seguintes medidas:

(...)

b) Diferenciar a sua imagem das restantes entidades que atuam no SEM;

c) Disponibilizar uma página na Internet autónoma das restantes entidades que atuam no SEM.

Ainda, para este efeito (cfr. art. 58º) prescrevia-se que os operadores das redes de distribuição deviam elaborar um Programa de Conformidade contendo as regras a observar no exercício das atividades, incluindo as medidas necessárias para garantir a exclusão de comportamentos discriminatórios e o seu controlo de forma adequada. Quanto a esta matéria, o novo Regulamento das Relações Comerciais aprovado não trouxe grandes novidades, mantendo-se a obrigatoriedade de os operadores das redes de distribuição manterem um “*Código de Conduta*”, no qual os agentes devem estabelecer as regras a observar no que se refere à independência, imparcialidade, isenção e responsabilidade dos atos dos responsáveis, bem como estabelecer as regras adequadas à salvaguarda

dos direitos e interesses dos utilizadores da rede de distribuição. Normas que devem sempre assegurar a observância das regras de concorrência e da transparência das relações comerciais, *evitando comportamentos que possam influenciar a escolha do comercializador de energia elétrica* (cfr. art. 58, n. 4). Os procedimentos a utilizar no serviço de atendimento aos utilizadores da rede de distribuição devem ser disponibilizados, de forma destacada do Código de Conduta onde se integram, na página da internet do operador da rede de distribuição e nos locais destinados ao atendimento presencial dos consumidores.

Nestes termos, ainda que não fosse claro, podia-se já retirar que não era admissível a utilização dos mesmos postos de atendimento quer pelo operador quer pelo comercializador, pois que muito facilmente essa utilização mútua poria em causa a salvaguarda da informação comercialmente sensível, de proteção de dados pessoais e de práticas comerciais desleais, bem como levaria a uma influência na escolha do consumidor pelo comercializador de energia elétrica, situações que a legislação pretende vedar.

O referido programa de conformidade é aprovado pela ERSE, na sequência de proposta a apresentar pelos operadores das redes de distribuição, e todos os anos deve ser enviado à ERSE um relatório sobre as medidas aprovadas pelos programas de conformidade e implementadas nesse mesmo ano. Os referidos relatórios anuais devem ser publicados nas páginas da internet dos operadores das redes de distribuição e da ERSE.

Em concreto, no que toca à diferenciação da imagem, as diretivas são também claras quando preveem que os operadores de redes de distribuição verticalmente integrados não devem, nas suas comunicações e imagens de marca, criar confusão no que respeita à identidade distinta do ramo de comercialização da empresa verticalmente integrada (cfr. art. 26º, § 3).

No normativo transposto para a legislação nacional, nos termos do Decreto-Lei 78/2011, de 20 de junho, e no Decreto-Lei 77/2011, de 20 de junho, se prevê que “*o operador de rede de distribuição deve garantir a diferenciação da sua imagem*” (art. 36º, n. 2, al. e)).

No que ao comercializador de último recurso diz respeito, a legislação nacional autonomizou o princípio da separação numa subseção

autónoma (subsecção III), salvaguardando também aqui o princípio da separação jurídica da atividade de comercializador de último recurso. Assim, o comercializador de último recurso deve diferenciar as suas imagem e comunicação das restantes entidades que atuam no âmbito do SEN por forma a não induzir confusão com estas últimas entidades, nos termos estabelecidos no Regulamento de Relações Comerciais (cfr. art. 47º e art. 57º do Regulamento de Relações Comerciais).

Pelo exposto, já resultava da legislação vigente a obrigatoriedade de distinção das atividades dos operadores de rede de distribuição da atividade das restantes entidades que atuam no SEN, distinção que mesmo à luz do Regulamento das Relações Comerciais do Setor Elétrico já era perceptível.

As dúvidas que pudessem persistir são agora afastadas perante a publicação do novo Regulamento das Relações Comerciais do Setor Elétrico, que quanto a esta matéria prevê o seguinte:

Artigo 57º

(...)

n. 3 – Com o objetivo de assegurar os princípios estabelecidos no número anterior, os operadores das redes de distribuição devem adotar as seguintes medidas:

(...)

b) Diferenciar a sua imagem das restantes entidades que actuam no SEM, de forma inequívoca para os consumidores finais de eletricidade, devendo obrigatoriamente a respetiva imagem gráfica e designação comercial não conter elementos comuns com os utilizados por quaisquer outras entidades com as quais possuam relação de grupo e que atuem noutras atividades no setor elétrico.

Artigo 58º

(...)

n. 9 – Sem prejuízo das competências de fiscalização e monitorização atribuídas à ERSE neste domínio, o relatório previsto no número anterior deve igualmente conter uma avaliação independente, por entidade terceira, da perceção pelos consumidores de energia elétrica de uma diferenciação de imagem do operador de rede de distribuição relativamente a outras entidades que, em relação de

grupo económico, atuem noutras atividades do setor elétrico.

(...)

Artigo 80º

(...)

n. 3 – Com o objetivo de assegurar o cumprimento dos princípios estabelecidos no número anterior, o comercializador de último recurso deve adotar as seguintes medidas:

(...)

b) Diferenciar a sua imagem das restantes entidades que atuam no SEM, de forma inequívoca para os consumidores finais de eletricidade, devendo obrigatoriamente a respetiva imagem gráfica e designação comercial não conter elementos comuns com os utilizados por quaisquer outras entidades com as quais possuam relação de grupo e que atuem noutras atividades no setor elétrico.

(...)

Tendo a audição pública decorrido no passado dia 22 de junho de 2017, das entidades presentes destacamos a contribuição da EDP Distribuição, que a par de outras reservas, quanto à questão em apreço, considerou:

A proposta da ERSE de criação de um novo logótipo para a EDP Distribuição dificilmente terá acolhimento por parte dos consumidores que não aceitarão suportar os custos induzidos por esta medida (sublinhado nosso). Por outro lado, uma vez que a EDP Distribuição faz parte de um Grupo económico cuja identificação surge na sua designação, não pode o símbolo do Grupo deixar de fazer parte do logótipo da EDP Distribuição, à semelhança do que se passa noutros países, nomeadamente em Espanha.

Refira-se que apesar de não existir uma marca própria para a EDP Distribuição a Empresa, cuja actividade visa, nomeadamente, proporcionar a todos que o solicitem, o acesso às redes de distribuição de energia eléctrica, tem pautado o exercício das respectivas funções por princípios de transparência e de não discriminação. Por outro lado, os serviços da União Europeia, na sequência dos inquéritos que têm realizado para avaliação da aplicação da Directiva 2003/54/CE, não têm levantado objecções de fundo à situação existente em Portugal em termos da marca.

Quanto à Internet, a EDP Distribuição já possui uma área própria na página da EDP. Julga-se que um acesso autónomo só poderá vir a ser equacionado uma vez apurado o respectivo impacto, tendo em conta o que venha a ser definido no âmbito ibérico.

No que se refere ao Código de Conduta, a EDP Distribuição tem já aprovada e em fase de divulgação junto dos seus colaboradores, numa acção que será largamente participada, uma nova versão do código já anteriormente publicado, que se julga ir ao encontro das pretensões da ERSE<sup>3</sup>.

Ora, quanto à imputação dos custos aos consumidores, existe um conjunto vasto de entidades que perfilham a opinião de que tal custo não poderá recair sobre os consumidores. Para os defensores desta posição, a obrigação de separação de imagem já deveria ter sido cumprida no âmbito do “*Terceiro Pacote Energético*”, transposto para a ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei 77/2011, de 20 de junho, e pelo Decreto-Lei 78/2011, de 20 de junho, concretizado nos termos do Regulamento das Relações Comerciais ora revogado. Entendem que os custos da separação da imagem não poderão ser imputados aos consumidores, uma vez que se trata, de fato, de um incumprimento, pois em todo o caso a formulação regulamentar agora adotada não constitui uma nova obrigação, antes visando suprir uma insuficiência detectada no cumprimento de disposições e regulamentação comunitária.

Em relação a isso, a ERSE ainda não adotou uma posição oficial (pelo menos à data da concepção do presente artigo). No documento de discussão dos comentários à proposta de revisão do regulamento das relações comerciais do setor elétrico, ressaltou que, “nesta como noutras matérias, a aceitação de custos e sua repercussão *tarifária dependem do escrutínio e avaliação pela ERSE da sua exigibilidade e racionalidade económica intrínseca*. Em todo o caso, convirá recordar que a formulação regulamentar agora adotada não constitui uma nova obrigação, antes visando suprir uma insuficiência detetada no cumprimento de disposições e regulamentação comunitária.”

Quanto a esta questão o panorama permanece em aberto, existindo, pelo menos em tese (pela não definição expressa a este respeito), a possibilidade de imputação dos custos de alteração e separação de imagem da fatura dos consumidores, dependendo da análise e escrutínio da ERSE.

Naturalmente que os contra-argumentos são fortes, na proporção em que é manifesto que a medida não constitui uma nova obrigação e que já existia no quadro vigente anterior, tendo a sua génese radicado numa exigência da União. Fazendo uma análise do previsto nas diretivas, as imposições parecem ser claras no sentido de uma efetiva separação dos operadores nas várias atividades, de forma a evitar que nas suas comunicações e imagens de marca, crie-se “*confusão no que respeita à identidade distinta do ramo de comercialização da empresa verticalmente integrada*” (Cfr. art. 26º, n. 1, § 3, da diretiva), apesar de não haver uma obrigatoriedade de separação da empresa verticalmente integrada a propriedade dos ativos da rede de distribuição.

O tema em questão assume particular relevância em mercados em que exista uma elevada concentração, em que algum dos operadores possua quota de mercado substancial nos principais segmentos (grandes consumidores, industriais, pequenos negócios e domésticos). Pelos dados que têm sido publicitados, o mercado retalhista português apresenta uma alta concentração de mercado por um dos operadores.

Vale a pena sempre recordar a este propósito quais os princípios que têm norteado a União Europeia neste campo para assim poder enquadrar melhor a análise. Tem-se ressaltado, desde há vários anos, muito antes do novo Regulamento de Relações Comerciais da ERSE, que a União propugna pela tomada de medidas adicionais de promoção da concorrência e da transparência de informação, fins que visam alcançar para a construção de um verdadeiro mercado liberalizado no setor energético. A construção de um mercado livre, transparente, concorrencial tendo em vista a proteção do consumidor parece ser o fim último que as instituições comunitárias – Conselho, Comissão e Parlamento Europeu – têm perseguido com essas medidas.

#### **IV. O contexto atual do mercado energético português e o papel do regulador**

A organização dos setores da eletricidade assenta, ainda, em empresas verticalmente integradas, ou sob a ação direta do Estado, ou, embora já possam estar fora dessa dependência, ainda permanecem monopolistas ou com posições dominantes no seu mercado. A alteração

em curso deste paradigma, para mercados que começam a estar abertos à concorrência, poderá criar a desintegração das várias atividades da cadeia de valor, tendendo estas a ser exercidas por operadores e empresas diferenciadas.

A introdução da regulação no setor veio permitir, para o caso da eletricidade, que coexistam atividades potencialmente competitivas (produção e comercialização) e atividades de monopólio (transporte, distribuição).

O objetivo da separação e de outras medidas era criar condições regulamentares para um mercado interno da energia, porém tal ainda não se verificou, em muitos casos não existindo ainda um verdadeiro mercado liberalizado e concorrencial face a operadores de distintas atividades na mesma estrutura integrada vertical.

Nessa esteira, não parece fazer sentido que se continuem a confundir os operadores das atividades de produção, distribuição, transporte e comercialização quanto a marcas, imagens, comunicação, instalações, colaboradores, informações e acessos.

A 25 de junho de 2009<sup>4</sup>, Portugal, em conjunto com outros 24 Estados-membros, foi notificado formalmente pela Comissão Europeia da não aplicação da legislação comunitária sobre energia, o que aumentou a pressão sobre a entidade reguladora para tomar as medidas necessárias a fim de que a liberalização do mercado fosse realizada com sucesso.

Nessa notificação, o comissário do Pelouro da Energia à data – Andris Piebalgs – considerou inaceitável que os consumidores e as empresas fossem prejudicados pelo funcionamento deficiente do mercado da energia. A iniciativa prendia-se com o incumprimento de várias disposições do chamado “*Segundo Pacote*” da energia, de 2003.

Os principais incumprimentos identificados pela comissão eram atinentes à escassez de informações fornecidas pelos operadores de sistemas de transporte de eletricidade e gás, o que impedia o acesso efetivo das companhias de abastecimento às redes; à inadequação dos sistemas de repartição da capacidade da rede para otimizar a utilização desta para o transporte de eletricidade e gás nos Estados-membros; e ainda à falta de coordenação e cooperação transfronteiriças entre os operadores de sistemas de transporte de eletricidade e as autoridades nacionais, coordenação e cooperação essas que são necessárias para uma melhor

repartição da capacidade das redes em interconexões transfronteiriças, de forma a otimizar a rede elétrica existente numa perspectiva regional e europeia, em vez de nacional.

Atualmente e perante a avaliação efetuada pela Comissão Europeia (CE) relativamente à concretização das disposições referentes à separação e diferenciação de imagem, que constam já do “*Terceiro Pacote Energético*” aprovado pela EU, impunha-se a aprovação do novo Regulamento das Relações Comerciais em outubro de 2017, conforme apresentado e discutido no anterior dia 22 de junho de 2017, transpondo para a ordem jurídica portuguesa, sem inequívocos, uma obrigação comunitária.

Cabe à ERSE assegurar que os operadores das redes de transporte e distribuição cumpram as obrigações que lhes são incumbidas por força das diretivas comunitárias e de outra legislação comunitária aplicável, inclusive no que respeita a questões transfronteiriças (Cfr. art. 35º).

A ERSE é uma «*pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio*», regendo-se pelos seus «*Estatutos*» pelas disposições legais que lhe sejam especificamente aplicáveis e, subsidiariamente, pelo regime jurídico das entidades públicas empresariais ressalvadas as regras incompatíveis.

Nos termos do n. 3 do art. 1º dos seus estatutos, a ERSE tem por finalidade a regulação dos setores do gás natural e da eletricidade «*nos termos dos presentes Estatutos, e no quadro da lei, dos contratos de concessão e das licenças existentes*», e é independente no exercício das suas funções, sem prejuízo dos princípios orientadores da política energética fixados pelo governo, nos termos constitucionais e legais, e dos atos sujeitos a tutela ministerial, nos termos da lei e dos seus estatutos (cfr. art. 2º, n. 2, dos Estatutos).

A Lei 9/2013, de 28 de janeiro, veio aprovar o regime sancionatório do setor energético, competindo à ERSE processar e punir as infrações administrativas à legislação que estabelece as bases dos setores da eletricidade e do gás, incluindo a produção a partir de fontes de energia renováveis, e respectiva legislação complementar e regulamentação, às demais leis e regulamentos cuja aplicação ou supervisão lhe compete, bem como às resultantes do incumprimento das suas próprias determinações, sempre que tipificadas como contraordenação no presente regime sancionatório ou na lei (cfr. art. 2º).

Para efeitos do regime sancionatório são contraordenações muito graves no âmbito do SEN, puníveis com coima (cfr. art. 28º, n. 1):

- d) A violação, pelos intervenientes do SEN, dos deveres de separação jurídica e patrimonial legalmente impostos;
- e) A violação, pelo operador de transporte independente, das obrigações que lhe incumbem, nos termos da lei, e, em particular, o comportamento discriminatório deste em benefício da empresa verticalmente integrada, caso seja designado um operador de transporte independente para a Rede Nacional de Transporte de Eletricidade (RNT);

E são contraordenações graves no âmbito do SEN, puníveis com coima (cfr. art. 28º, n. 2):

- l) A omissão da obrigação de diferenciação, pelo comercializador de último recurso, da sua imagem relativamente a outras entidades do setor, incluindo da imagem dos comercializadores em regime de mercado.

Uma leitura paralela do regime sancionatório do setor energético e da nova Lei da Concorrência (Lei 19/2012, de 8 de maio) permite sem dificuldade notar que as normas relativas ao processo contraordenacional, à aplicação de coimas e a recursos previstas na Lei 9/2013 são quase decalcadas das disposições análogas presentes na Lei da Concorrência, no que toca aos procedimentos contraordenacionais relativos a práticas restritivas da concorrência.

A regulação setorial tem por objetivo proporcionar uma situação de relativa igualdade material que permita a aplicação de normas de defesa da concorrência.

Em primeiro lugar deve existir algum tipo de responsabilização perante os parlamentos nacionais, nomeadamente em termos de audições dos reguladores perante comissões especializadas.

Em segundo lugar, é importante ter um processo de tomada de decisões transparente. Tal implica, por um lado, envolver todas as partes interessadas nesse processo, nomeadamente através de processos de consulta ou salvaguardando nas respectivas estruturas dos organismos

de regulação órgãos de consulta onde estejam representados os interesses dos mesmos.

Outra forma de aumentar a transparência dos procedimentos é dar publicidade às decisões dos reguladores e, dessa forma, permitir aos interessados, sejam eles profissionais ou consumidores, conhecer os resultados finais.

Relacionado com este critério está também a necessidade de justificação específica das decisões dos reguladores. É preciso que os reguladores justifiquem as respectivas decisões, fornecendo argumentos não só para fundamentar a opção escolhida mas também fornecendo os argumentos utilizados para rejeitar outras opções que tenham sido levantadas pelos interessados.

Desse modo, a ERSE surge não apenas como responsável pela aplicação da regulação no seu contexto puramente sectorial, mas também como essencial garante no mercado (a par da AdC), visando impedir, designadamente, que quaisquer operadores obtenham vantagens em relação aos demais por simplesmente não cumprirem as regras do setor a que se encontram adstritos.

À ERSE exige-se que não incida somente nas atividades que constituem monopólios naturais, mas também nos segmentos potencialmente competitivos das cadeias de valor, a produção de energia elétrica/aquisição de gás natural e a comercialização, de forma a reduzir o grau de concentração e as quotas de mercado dos ainda monopolistas, viabilizando a emergência de mercados mais eficientes e estimulando a concorrência na comercialização.

## V. Das considerações finais

Um dos principais objetivos da Diretiva 2009/72/CE e 2009/73/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, era a *separação efetiva das redes dos operadores da rede de distribuição das várias atividades, para que seja evitado o mesmo controlo e o exercício dos direitos nas várias pessoas coletivas* (cfr. capítulo VI).

Neste sentido, a atividade de distribuição deverá ser independente das demais atividades no setor, pelo menos em termos de forma jurídica, organização e tomada de decisões, de outras atividades não relacionadas

com a distribuição, por forma a evitar que possa tirar proveito da sua integração vertical para distorcer a concorrência junto do ramo de comercialização (cfr. art. 26º).

Compete às entidades reguladoras assegurar que os operadores das redes de transporte e distribuição e, se for o caso, os proprietários das redes cumpram as obrigações que lhes incumbem por força da presente diretiva e de outra legislação comunitária aplicável, inclusive no que respeita a questões transfronteiriças.

Aquelas diretivas vieram, assim, estabelecer regras comuns para a produção, transporte, distribuição e comercialização de eletricidade, bem como regras para a proteção dos consumidores, a fim de melhorar e

integrar mercados da energia competitivos na Comunidade.

O que o legislador nacional, a reboque o legislador comunitário, pretendeu salvaguardar foi o funcionamento de um mercado energético verdadeiramente livre

O sistema de separação entre as pessoas coletivas e as atividades visou *eliminar quaisquer conflitos de interesses entre os produtores, os fornecedores e os operadores e evitar qualquer posição dominante ou a distorção da concorrência*. Neste sentido, a identificação de cada pessoa coletiva e de qual a sua atividade devem ser evidenciados em todos os meios utilizados no contato com os consumidores, como forma de assegurar a independência prevista. “O operador da rede de distribuição deve garantir a

*diferenciação da sua imagem e comunicação das restantes entidades que actuam no âmbito do SEM, nos termos estabelecidos no Regulamento de Relações Comerciais*” (cfr. art. 36º das diretivas).

A legislação nacional remete para diplomas regulamentares a efetivação e a garantia dessa diferenciação e independência, deixando nas mãos das entidades regulamentares a verificação dessa independência.

Assim, os Regulamentos das Relações Comerciais, quer do setor da energia, quer do setor do gás natural, preveem já essa diferenciação de imagem. No entanto, como se analisou *supra*, pela avaliação efetuada pela Comissão Europeia (CE), isso parece não ser o suficiente, arriscando-se Portugal a ser alvo de um processo de incumprimento por incorreta transposição das diretivas comunitárias.

A adesão à União Europeia implica a cedência de poderes estaduais para esta entidade supranacional, sendo que as medidas harmonizadoras instituídas visam dirimir os obstáculos que se opõem às quatro liberdades comunitárias: pessoas, serviços, capitais e mercadorias.

Competirá à ERSE rever e alterar os referidos regulamentos, bem como processar e punir as infrações administrativas à legislação que estabelece as bases dos setores da eletricidade e do gás, e respectiva legislação complementar e regulamentação, quanto às demais leis e regulamentos cuja aplicação ou supervisão lhe compete, bem como às resultantes do incumprimento das suas próprias determinações, sempre que tipificadas como contraordenação no presente regime sancionatório ou na lei (cfr. art. 2º).

A lei estabelece sanções para contraordenações graves e muito graves no âmbito do SEN, mas em concreto nenhuma sanção para a utilização dos mesmos postos de atendimento, deixando essa questão ao livre arbítrio ou interpretação das entidades reguladoras.

Perante este enquadramento não parece fazer sentido que se continue a confundir os operadores das atividades de produção, distribuição, transporte e comercialização quanto a marcas, imagens, comunicação, instalações, colaboradores, informações e acessos. O novo Regulamento do Setor Elétrico ambiciona colocar um ponto final em eventuais dúvidas que ainda possam persistir. O que o legislador nacional, a reboque o legislador comunitário, pretendeu salvaguardar foi o funcionamento de um mercado energético verdadeiramente livre. No fundo, que aos olhos do consumidor o operador de rede seja absolutamente distinto do comercializador. A pretensão será que o consumidor não seja nunca induzido por marcas, imagens, instalações que sejam similares, condicionando assim a sua escolha, desvirtuando o princípio de liberalização do mercado de energia. Se o consumidor confunde a imagem do operador com comercializador – porque as marcas, os logotipos, os postos de atendimento são similares – estará, pelo menos em tese, condicionado a contratar com o comercializador. Não fará a escolha com base na transparência da informação e da concorrência, mas condicionado por marcas que manifestamente lhe pareceriam as mesmas. E assim, quando contata o operador, este pode funcionar quase como comercializador – o que violaria frontalmente

as disposições vigentes a propósito desta temática. São estes alguns dos motivos que impeliram a União Europeia e agora também o regulador nacional a reiterar a obrigatoriedade de distinção de imagem. Assim, pelo menos em tese, o legislador permite que o consumidor consiga distinguir que quem opera a rede de distribuição de gás e eletricidade não é, nem terá de ser, obrigatoriamente o mesmo que a comercializa.

Questão diferente e que poderá agora levantar outras questões será a imputação dos custos dessa mudança de imagem, visto que, em bom rigor, alguém terá de vir a assumir essa fatura. Em consulta pública para a revisão do Regulamento das Relações Comerciais do Setor Elétrico, a EDP defendeu que a diferenciação de imagem da EDP – Serviço Universal relativamente ao Grupo EDP é um custo de “carácter excepcional e de imposição regulamentar” que deverá ser totalmente suportado pelo consumidor.

A ERSE quanto a esta questão ainda não se pronunciou, observando, no entanto, que a medida não constitui uma nova obrigação, mas sim a supressão de uma insuficiência detectada no cumprimento de disposições e regulamentação comunitária. A eventual aceitação de custos dependerá “do escrutínio e avaliação” quanto à sua “exigibilidade e racionalidade económica intrínseca”. Contudo, os defensores de que os custos não devem ser assumidos pelos consumidores propugnam que a obrigatoriedade de separação de imagem já devia ter sido cumprida à luz do “Terceiro Pacote Energético”, não constituindo uma novidade, nem mesmo à luz do anterior Regulamento das Relações Comerciais que já indicava nesse sentido. Pelo que entendem os patronos desta posição que os custos decorrentes desta separação não devem ser imputados aos consumidores, uma vez que se tratará, de fato, de um incumprimento.

## Notas

1. João Quintela Cavaleiro. Advogado.
2. Ana Cristina Preto. Advogada.
3. Comentários da EDP Distribuição à proposta da ERSE de alteração dos Regulamentos de Relações Comerciais e Tarifário; em <http://www.erse.pt/>
4. Cfr. IP/09/1035 e MEMO/09/296 da Comissão Europeia.

# TEORIA APROFUNDADA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR: UMA VISÃO GERAL<sup>1</sup>

MARCOS V. DESSAUNE<sup>2</sup>

Autor da Teoria do “Desvio Produtivo do Consumidor”, do “Código de Atendimento ao Consumidor (CAC)” e das “Histórias de um Superconsumidor”

## **EXCEROTOS**

*“Ocorre que, no Brasil, inúmeros profissionais autônomos e liberais, empresas de diversos portes e o próprio Estado, em vez de atender o consumidor com qualidade, corriqueiramente não realizam sua missão, por despreparo, desatenção, descaso ou má-fé”*

*“Tendo assumido os deveres operacionais e custos materiais do fornecedor para buscar uma solução ou reparação para o problema lesivo, o consumidor em princípio também incorre em alguma diminuição patrimonial efetiva”*

*“No arbitramento da indenização do dano extrapatrimonial, a jurisprudência atual destaca dois critérios a serem utilizados: o interesse jurídico lesado e as circunstâncias do evento danoso”*

*“A não responsabilização civil do fornecedor por desvio produtivo do consumidor acarreta consequências perniciosas de ordem prática”*

**N**a luta por sobrevivência e bem-estar, a humanidade levou 10 mil anos para evoluir do modo de produção primitivo para o capitalista. O progresso tecnológico, econômico e organizacional havido nesse período transformou bandos de indivíduos nômades e autossuficientes, que viviam submissos às forças do impulso e do hábito, numa sociedade altamente especializada, interdependente e relativamente desenvolvida em termos materiais. Essa transformação do modo de produção da sociedade foi o resultado da divisão do trabalho<sup>3</sup> e do desenvolvimento do sistema de trocas, entre vários outros fatores evolutivos que, combinados, levaram ao expressivo aumento da produtividade que gerou grandes excedentes e, assim, permitiu que as pessoas pudessem trocá-los pelos demais bens e serviços de que necessitavam.

Desde então as pessoas passaram a ter a possibilidade de viver com mais liberdade e qualidade de vida, uma vez que a sociedade pós-industrial, apesar dos aspectos negativos inerentes ao sistema capitalista, proporciona a seus membros um poder liberador: o consumo de um produto ou serviço de qualidade, produzido por um fornecedor especializado na atividade, tem a utilidade subjacente de tornar disponíveis o tempo e as competências que o consumidor necessitaria para produzi-lo para seu próprio uso. Ou seja, o fornecimento de um produto ou serviço de qualidade ao consumidor tem o poder de liberar os recursos produtivos<sup>4</sup> que ele utilizaria para produzi-lo para uso próprio<sup>5</sup>.

Numa visão teleológica significa dizer que, nas relações de consumo em que a sociedade contemporânea se apoia, todo fornecedor tem a grande missão implícita<sup>6</sup> de liberar os recursos produtivos do consumidor – fornecendo produtos e serviços de qualidade que deem ao consumidor condições de empregar o seu tempo e as suas competências nas atividades de sua livre escolha e preferência, que geralmente são atividades existenciais<sup>7</sup>.

No Brasil, essa missão do fornecedor está juridicamente fundada nos seus deveres legais de colocar, no mercado de consumo, produtos e serviços que tenham padrões adequados de qualidade-adequação e qualidade-segurança; de dar informações claras e adequadas sobre seus produtos e serviços; de agir sempre com boa-fé; de não empregar práticas abusivas no mercado; de não gerar riscos ou causar danos ao consumidor;

de sanar os vícios que seus produtos e serviços apresentem e de reparar os danos que eles e eventuais práticas abusivas causem ao consumidor, de modo espontâneo, rápido e efetivo.

Acrescente-se que a realização dessa missão basilar do fornecedor – que materializa o poder liberador da sociedade pós-industrial – está condicionada ao fato de que a interdependência que caracteriza e orienta a sociedade, resultante da especialização das pessoas que a compõem, seja vivida por cada uma com consciência, efetividade, equidade e responsabilidade.

Ocorre que, no Brasil, inúmeros profissionais autônomos e liberais, empresas de diversos portes e o próprio Estado, em vez de atender o consumidor com qualidade – assim satisfazendo as suas necessidades, desejos e expectativas, promovendo o seu bem-estar, contribuindo para a sua existência digna e liberando os seus recursos produtivos –, corriqueiramente não realizam sua missão<sup>8</sup>, por despreparo, desatenção, descaso ou má-fé. Dito de outra maneira, incontáveis fornecedores, no lugar de cumprir os seus principais deveres jurídicos originários – de qualidade-adequação, de qualidade-segurança, de informação, de boa-fé, de não empregar práticas abusivas no mercado, de indenidade –, cotidianamente violam a lei, por ato culposos ou doloso.

Assim procedendo, tais fornecedores permitem ou contribuem para que se criem problemas de consumo representados pelo fornecimento de produtos ou serviços com vício ou defeito, ou pelo emprego de práticas abusivas no mercado. Trata-se de atos antijurídicos potencial ou efetivamente danosos ao consumidor, que frustram as legítimas expectativas e a confiança dele e ensejam o dever jurídico sucessivo do fornecedor de sanar o problema ou indenizar o consumidor espontânea, rápida e efetivamente.

Sucedem que muitos profissionais autônomos, empresas de menor porte e órgãos públicos, por ato culposos e sem a intenção de obter vantagem indevida, acabam não apresentando uma solução espontânea, rápida e efetiva para esses problemas de consumo, enquanto várias empresas nacionais e transnacionais de grande porte<sup>9</sup>, por ato doloso e com a intenção de auferir lucro extra mediante o sacrifício do consumidor, acabam se aproveitando do seu domínio do conhecimento e poder econômico para impor ao consumidor, veladamente, o próprio *modus*

*solvendi*<sup>10</sup> desses problemas: utilizar-se das mais variadas justificativas ou artifícios para omitir, dificultar ou recusar sua responsabilidade por eles<sup>11</sup>.

Tal conduta desleal, não cooperativa e danosa desses grandes fornecedores comumente ainda é marcada pela habitualidade no mercado de consumo, lesando direito individual homogêneo<sup>12</sup> de uma coletividade determinada ou determinável de consumidores ligados por um fato comum, provocando um desequilíbrio na relação jurídica de consumo que coloca esse grupo de consumidores em situação de desvantagem exagerada<sup>13</sup> e gerando prejuízos coletivos que, entretanto, serão percebidos individualmente pelos consumidores.

Independentemente do porte do fornecedor, do seu grau de culpabilidade e do resultado que seu ato alcançar, a conduta de tentar atenuar, impossibilitar ou exonerar sua responsabilidade por problemas de consumo configura a prática abusiva (gênero) vedada pelos arts. 25, 39, V, e 51, I e IV, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (CDC)<sup>14</sup>.

Ao se esquivar de resolver o problema primitivo em prazo compatível com a real necessidade do consumidor, com a utilidade do produto ou com a característica do serviço, o fornecedor consome tal prática abusiva e gera para o consumidor duas novas alternativas de ação, que são indesejadas: assumir o prejuízo ou tentar, ele mesmo, solucionar a situação lesiva. Ademais, ao confrontar o consumidor com essas novas alternativas de ação que, apesar de indesejadas, mostram-se prioritárias, necessárias ou inevitáveis naquele momento, o fornecedor restringe a possibilidade de escolha do consumidor. Além disso, ao impor ao consumidor um prejuízo em potencial, iminente ou consumado, o fornecedor influencia a vontade do consumidor.

Conseqüentemente o fornecedor faltoso induz o consumidor prejudicado a tomar uma decisão sob a influência inevitável de fatores incontroláveis, a renunciar a alguns de seus direitos especiais tutelados pelo CDC e a se submeter ao *modus solvendi* do problema que o próprio fornecedor veladamente impõe, o qual traduz a vontade interna dele.

Ao impor ao consumidor um prejuízo em potencial, iminente ou consumado, o fornecedor influencia a vontade do consumidor

Esse comportamento antecedente do consumidor – tomar a decisão, forçado pelas circunstâncias, de renunciar a alguns de seus direitos de consumidor e assim se submeter ao *modus solvendi* do problema – contraria a sua vontade e evidencia uma renúncia antijurídica à sua plena liberdade de escolha e de ação no mercado de consumo, visto que o consumidor só poderia abdicar da sua liberdade negativa na presença de uma lei legítima<sup>15</sup> ou de outro motivo jurídico suficiente<sup>16</sup> que assim autorizasse ou determinasse, jamais por força das circunstâncias. Acontece que o CDC e a vulnerabilidade do consumidor por ele tutelada são, respectivamente, a lei legítima e o motivo jurídico suficiente aplicáveis à situação, os quais por um lado autorizam que os fornecedores sofram restrições ou limitações legítimas à sua liberdade de ação empresarial, e, por outro, não permitem que o consumidor sofra restrições ou limitações arbitrárias à sua liberdade de escolha e à sua igualdade de contratação no mercado de consumo. Dito de outro modo, o apontado comportamento do consumidor implica violação ao direito fundamental à liberdade de ação em geral, que é sustentado pelo princípio da dignidade humana.

Não lhe restando uma alternativa de ação melhor no momento<sup>17</sup>, e tendo noção ou consciência de que ninguém pode realizar, simultaneamente, duas ou mais atividades de natureza incompatível ou fisicamente excludentes<sup>18</sup>, o consumidor, impelido por seu estado de carência<sup>19</sup> e por sua condição de vulnerabilidade, despende então uma parcela do seu tempo, adia ou suprime algumas de suas atividades planejadas ou desejadas, desvia as suas competências dessas atividades e, muitas vezes, assume deveres operacionais e custos materiais que não são seus. O consumidor comporta-se assim ora porque não há solução imediatamente ao alcance para o problema, ora para buscar a solução que no momento se apresenta possível, ora para evitar o prejuízo que poderá advir, ora para conseguir a reparação dos danos que o problema causou, conforme o caso.

Essa série de condutas caracteriza o “desvio dos recursos produtivos do consumidor” ou, resumidamente, o “desvio produtivo do consumidor”<sup>20</sup>, que é o fato ou evento danoso que se consuma quando o consumidor, sentindo-se prejudicado, gasta o seu tempo vital – que é um recurso produtivo – e se desvia das suas atividades cotidianas, que geralmente são existenciais<sup>21</sup>. Por sua vez, a esquiva abusiva do fornecedor de se

responsabilizar pelo referido problema, que causa diretamente o evento de desvio produtivo do consumidor, evidencia a relação de causalidade existente entre a prática abusiva do fornecedor e o evento danoso dela resultante.

Tal comportamento principal do consumidor – despende tempo vital e se desviar de atividades existenciais – viola os seus mais legítimos interesses e configura uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à vida<sup>22</sup>, que é indisponível, bem como uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à educação, ao trabalho, ao descanso, ao lazer, ao convívio social, aos cuidados pessoais ou ao consumo – enquanto expressão individual, social ou coletiva da liberdade de ação em geral –, dos quais ninguém poderia abdicar por força de circunstâncias que aviltem o princípio da dignidade humana, que apoia esses direitos.

Ademais, aquele comportamento suplementar do consumidor – assumir deveres operacionais e custos materiais do fornecedor – viola os princípios do CDC e caracteriza uma renúncia antijurídica a alguns de seus direitos especiais, uma vez que o consumidor jamais poderia abrir mão desses direitos imperativos de ordem pública instituídos pelo CDC, nem mesmo por força das circunstâncias. Afinal de contas, a vulnerabilidade do consumidor tutelada pelo CDC é o fundamento dessa proteção inderrogável de índole constitucional. Dito de outra maneira, o indicado comportamento do consumidor implica ofensa ao CDC e à vulnerabilidade do consumidor por ele tutelada, que são respaldados pelo direito fundamental à proteção do consumidor.

Ao sucumbir ao *modus solvendi* do problema veladamente imposto pelo fornecedor, o consumidor incorre então, independentemente do resultado do seu esforço, na perda definitiva de uma parcela do seu tempo total de vida, na alteração prejudicial do seu cotidiano ou do seu projeto de vida e na instalação em sua vida de um período de inatividade existencial, o que configura a lesão ao tempo existencial e à vida digna da pessoa consumidora. Esse bem e esse interesse jurídicos, respectivamente, estão sintetizados na expressão existência digna e tutelados no âmbito do direito fundamental à vida, que por sua vez é sustentado pelo valor supremo da dignidade humana. O tempo vital, existencial ou produtivo, enquanto suporte implícito da própria vida, também é um atributo integrante da personalidade resguardado no rol aberto dos direitos da personalidade.

Diante dessas constatações, a jurisprudência tradicional – segundo a qual a *via crucis* percorrida pelo consumidor, ao enfrentar problemas de consumo criados pelos próprios fornecedores, representa “mero dissabor ou aborrecimento” e não um dano moral indenizável – revela um raciocínio erigido sobre premissas equivocadas que, naturalmente, conduzem a essa conclusão falsa. A primeira de tais premissas é que o conceito de dano moral enfatizaria as consequências emocionais da lesão, enquanto ele já evoluiu para centrar-se no bem ou interesse jurídico atingido; ou seja, o objeto do dano moral era a dor, o sofrimento, a humilhação, o abalo psicofísico, e se tornou qualquer atributo da personalidade humana lesado. A segunda é que, nos eventos de desvio produtivo, o principal bem ou interesse jurídico atingido seria a integridade psicofísica da pessoa consumidora, enquanto, na realidade, são o seu tempo vital e as suas atividades existenciais. A terceira é que esse tempo existencial não seria juridicamente tutelado, enquanto, na verdade, ele se encontra resguardado tanto no elenco exemplificativo dos direitos da personalidade quanto no âmbito do direito fundamental à vida.

Por conseguinte, ao precisar enfrentar tais problemas de consumo potencial ou efetivamente lesivos, o consumidor sofre necessariamente um dano extrapatrimonial que tem efeitos individuais e potencial repercussão coletiva, que, sendo um dano certo, imediato e injusto, é indenizável *in re ipsa*. Na perspectiva da melhor doutrina atual, a lesão antijurídica ao tempo que dá suporte à vida, enquanto atributo da personalidade humana, caracteriza o dano moral, ao passo que a lesão antijurídica às atividades existenciais da pessoa consumidora configura o dano existencial. Ocorre que a vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve, constitui-se das próprias atividades existenciais que nela se sucedem. Consequentemente um evento de desvio produtivo traz como resultado para o consumidor, acima de tudo, um dano existencial<sup>23</sup>.

Esse prejuízo extrapatrimonial ocorre como consequência de dois fenômenos imutáveis: o tempo é um recurso produtivo limitado que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida das pessoas<sup>24</sup>; e ninguém pode realizar, simultaneamente, duas ou mais atividades de natureza incompatível ou fisicamente excludentes, do que resulta que uma atividade preterida no presente, em regra, só poderá ser realizada no futuro suprimindo-se outra atividade<sup>25</sup>. Isto é, o dano em questão resulta

da lesão ao tempo vital do consumidor que, enquanto bem econômico escasso e inacumulável, nessa situação sofre um desperdício irrecuperável; do mesmo modo, tal dano decorre da lesão a qualquer atividade planejada ou desejada do consumidor que, enquanto interesse existencial suscetível de prejuízo quando deslocado no tempo, nessas circunstâncias sofre uma alteração danosa inevitável.

Por outro ângulo, considerando-se que “o verdadeiro detentor do poder é aquele que está em condições de impor aos demais o seu ritmo, a sua dinâmica, a sua própria temporalidade”, e que “a pena é tempo e o tempo é pena [isto é,] pune-se através da quantidade de tempo e permite-se que o tempo substitua a pena”<sup>26</sup>, pode-se dizer que o fornecedor, ao se encontrar em posição de vantagem para impor ao consumidor vulnerável o próprio *modus solvendi* do problema de consumo que criou, tem o poder de transformar em pena (“castigo”) o tempo que o consumidor precisa gastar tentando solucionar tal situação nociva. Em geral é essa a percepção (ou o sentimento) do consumidor<sup>27</sup>.

Um evento de desvio produtivo traz como resultado para o consumidor, acima de tudo, um dano existencial

Uma pesquisa empírica que realizei numa faculdade de Vitória/ES, no ano de 2008, revelou que, quando precisa resolver os problemas de consumo criados pelos próprios fornecedores, a maior parte dos respondentes (33,8%) o faz desviando-se do “trabalho”, 21,2% afastando-se dos “estudos” e 20,7% apartando-se do “descanso”. Perguntados como valorizam o seu “tempo”, nenhum entrevistado o desmereceu: 52,2% o consideraram “muito importante” e outros 46,2% o classificaram como “um bem/recurso fundamental na vida”. Ao serem questionados sobre “o que essas situações de desvio de atividades e de desperdício de tempo representam”, apenas 7,5% disseram que tais situações representam um “mero dissabor ou um contratempo normal na vida de qualquer pessoa”, enquanto 92,5% dos respondentes consideraram que se trata de “algum tipo de dano efetivo, que deveria ser punido e/ou indenizado”<sup>28</sup> – reforçando a conclusão de que a jurisprudência tradicional brasileira não se sustenta.

Ademais, tendo assumido os deveres operacionais e custos materiais do fornecedor para buscar uma solução ou reparação para o problema lesivo, o consumidor em princípio também incorre em alguma diminuição patrimonial efetiva. Tal prejuízo patrimonial evidencia a lesão antijurídica à propriedade privada, que abrange uma série de bens materiais constitucionalmente tutelados.

Logo, o consumidor também sofre algum dano emergente, que, sendo certo, imediato e injusto, é ressarcível mediante comprovação. O consumidor pode ainda sofrer algum lucro cessante, que é igualmente reparável à face de comprovação.

Paralelamente aos danos suportados pelo consumidor, o fornecedor, ao subverter a ordem jurídica objetivando transferir para o consumidor os deveres e custos profissionais que decorrem do problema primitivo, em princípio auferir um lucro extra e injustificado, portanto antijurídico.

Nos casos em que megaempresas capitalistas ainda se aproveitam, de má-fé, da sua supremacia no mercado para submeter uma coletividade de consumidores ao *modus solvendi* dos problemas de consumo que elas próprias criam, tanto os danos indenizáveis sofridos individualmente pelo consumidor quanto o enriquecimento injustificado alcançado de modo antijurídico pelo fornecedor resultam, em última análise, da exploração abusiva do tempo vital da pessoa vulnerável pelo sujeito em posição de vantagem na relação de consumo<sup>29</sup>.

A denominação do novo instituto jurídico como “responsabilidade civil pela perda do tempo livre ou útil” mostra-se inadequada e incompleta. Inadequada porque, na vida agitada e ocupada de hoje, “tempo livre” traduz a ideia mais restrita do “tempo que sobra” depois que se realizam as atividades necessárias ou preferidas, ao passo que “tempo útil” pode carregar a ideia enganosa de que existe algum “tempo inútil” à vida humana. Incompleta porque, ao ocasionar um evento de desvio produtivo, o fornecedor torna-se responsável não só pelo prejuízo do tempo (bem jurídico) desperdiçado pelo consumidor, como também pela alteração danosa das suas atividades planejadas ou desejadas (interesses jurídicos) – ou seja, pela alteração danosa da sua vida. Portanto classifico esse tempo pessoal do consumidor de “tempo vital, existencial ou produtivo”, enquanto designo o novo instituto em apreço de “Responsabilidade Civil por Desvio Produtivo do Consumidor”<sup>30</sup>.

Mediante a ressalva de que os profissionais liberais respondem subjetivamente pelo fato do serviço, nos termos do art. 14, § 4º, do CDC, os requisitos ou pressupostos necessários para que o fornecedor faltoso possa ser civilmente responsabilizado pelo *desvio produtivo do consumidor*, independentemente da existência de culpa, são estes: (1) o problema de consumo potencial ou efetivamente danoso ao consumidor, (2) a prática abusiva do fornecedor de se esquivar da responsabilidade pelo problema de consumo, (3) o fato ou evento danoso de desvio produtivo do consumidor, (4) o nexo causal existente entre a prática abusiva do fornecedor e o evento danoso dela resultante, (5) o dano extrapatrimonial de índole existencial sofrido pelo consumidor e, eventualmente, (6) o dano emergente e/ou o lucro cessante sofrido pelo consumidor (requisito facultativo) e (7) o dano coletivo (requisito facultativo).

No arbitramento da indenização do dano extrapatrimonial, a jurisprudência atual destaca dois critérios a serem utilizados: o interesse jurídico lesado e as circunstâncias do evento danoso. O primeiro valoriza o bem ou interesse jurídico atingido pelo evento danoso, enquanto o segundo considera as circunstâncias especiais do caso concreto, sendo de singular interesse aqui a culpabilidade do agente e a condição econômica do ofensor.

Assim, ao arbitrar a indenização do dano extrapatrimonial de cunho existencial decorrente de desvio produtivo do consumidor, o juiz, verificando que o caso envolve um grande fornecedor que notoriamente lesa consumidores de modo intencional e reiterado, deve considerar o grau de culpa e a condição econômica desse agente ofensor, elevando o valor da indenização casuisticamente para que sejam alcançados não só o efeito satisfatório e o punitivo da condenação, como, também, o seu efeito preventivo.

Ademais, constatando que o caso versa sobre danos de massa discutidos em ação coletiva, que inicialmente é despersonalizada, o juiz pode calcular o *quantum* indenizatório tomando como base o valor médio da riqueza nacional produzida por cada pessoa economicamente ativa<sup>31</sup>, em períodos incrementais de uma hora. Em 2015, esse valor oficial de referência era de R\$ 6,49<sup>32</sup>.

Diversamente, nas ações individuais em que o caráter pessoal da demanda desaconselha a padronização, o juiz, ao arbitrar a indenização,

deve levar em conta e valorar casuisticamente o bem ou interesse jurídico atingido por um evento danoso de desvio produtivo do consumidor, notadamente o tempo vital e as atividades existenciais da pessoa consumidora.

Saliente-se que, em geral, a não responsabilização civil do fornecedor por desvio produtivo do consumidor acarreta consequências perniciosas de ordem prática, destacando-se o estímulo transmitido ao mercado de que tais eventos danosos podem ser livremente gerados e proliferados pelos fornecedores; a banalização que a sociedade acaba conferindo a essas situações nocivas, o que deixa os fornecedores ainda mais à vontade para multiplicá-las no mercado; o aumento gradual do nível de frustração, de irritação e de estresse do consumidor, que continua submetido cotidianamente a esses fatos lesivos mesmo não sendo legal nem materialmente responsável pela solução dos problemas que deram origem a eles; e o afastamento do consumidor da sua realização pessoal, o que impacta na felicidade que cada pessoa procura conquistar ao longo da vida.

Em suma, na sociedade contemporânea todo fornecedor tem a grande missão implícita de liberar o tempo e as competências do consumidor, dando-lhe, por intermédio de produtos e serviços de qualidade, condições de se dedicar àquelas atividades que, a seu juízo, conduzam à realização pessoal e à conquista da felicidade. Caso o fornecedor, inversamente, descumpra sua missão e a lei, forneça ao consumidor um produto ou serviço defeituoso (ou empregue uma prática abusiva no mercado), se esquive de resolver tal problema de consumo que criou e assim gere um evento de desvio produtivo do consumidor, deve ser civilmente responsabilizado a indenizar o dano existencial que causou, independentemente da existência de culpa<sup>33</sup>, tanto para compensar o consumidor prejudicado quanto para prevenir a reiteração dessa conduta lesiva.

Afinal, enfatize-se, o tempo é o suporte implícito da vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve, e a vida constitui-se das próprias atividades existenciais que nela se sucedem. Esse tempo vital tem valor inestimável, visto que é um bem econômico escasso que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida. Por sua vez, as atividades existenciais não admitem adiamentos nem supressões indesejados, uma

vez que são interesses suscetíveis de prejuízo inevitável quando deslocados no tempo. No Brasil, a expectativa de vida ao se nascer no ano de 2015 era de 75,5 anos. Significa dizer que o maior, o mais valioso e o verdadeiro capital de toda pessoa, que por meio de escolhas livres e voluntárias pode ser convertido em outros bens materiais e imateriais, são esses 75,5 anos, 27.557 dias ou 661.380 horas de vida do brasileiro.

Por tudo isso está equivocada a jurisprudência brasileira que afirma que a *via crucis* percorrida pelo consumidor, ao enfrentar problemas de consumo potencial ou efetivamente danosos criados pelos próprios fornecedores, representa “mero dissabor ou aborrecimento” e não um dano extrapatrimonial ressarcível.

## Notas

1. O presente artigo foi extraído do Capítulo 19 “Resumo sistematizado e conclusão da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor” da novíssima obra DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017. p. 270-280. Mais informações sobre a obra no sítio eletrônico [www.marcosdessaune.com.br](http://www.marcosdessaune.com.br) e pelo e-mail [livros@marcosdessaune.com.br](mailto:livros@marcosdessaune.com.br).
2. Marcos V. Dessaune. Autor da Teoria do “Desvio Produtivo do Consumidor”, do “Código de Atendimento ao Consumidor (CAC)” e das “Histórias de um Superconsumidor”. Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá e diplomado em *Business* pela Indiana University (EUA). Aperfeiçoado em Qualidade de Atendimento ao Cliente pela Disney University (EUA) e pela Fundação Getúlio Vargas (RJ). Treinado em Resolução de Conflitos Administrativos na Provedoria de Justiça de Portugal e no Ombudsman Federal da Bélgica. Ex-diretor e membro colaborador do Instituto Brasilcon. Advogado, mediador, consultor e palestrante no Brasil na área de Relações de Consumo.
3. Leia-se especialização profissional.
4. *Recursos produtivos* são o tempo e as competências (conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes) da pessoa necessários para o desempenho de qualquer atividade (DESSAUNE, 2017, p. 365).
5. *Poder liberador* é uma utilidade subjacente do consumo que a sociedade contemporânea, por meio das relações de troca, proporciona a seus membros. Esse poder liberador consiste no fato de que o consumo de um produto ou serviço de qualidade, produzido por um fornecedor especializado na atividade, tem a capacidade de tornar disponíveis o tempo e as competências que o consumidor necessitaria para produzi-lo para seu próprio uso. Ou seja, o fornecimento de um produto ou serviço de qualidade ao consumidor tem o poder de liberar os recursos produtivos que ele utilizaria para produzi-lo para uso próprio, assim permitindo que ele empregue o seu tempo e as suas competências liberados em outras atividades de sua livre escolha e preferência (DESSAUNE, 2017, p. 363).

6. Sua verdadeira razão de existir.
7. *Atividades existenciais* são aquelas que geralmente integram o projeto de vida das pessoas na sociedade contemporânea e que se mostram fundamentais ao desenvolvimento da sua personalidade e à promoção da sua dignidade, destacando-se estudar, trabalhar, descansar, dedicar-se ao lazer, conviver socialmente, cuidar de si e consumir o essencial. Note-se que *trabalhar* tem tanto o sentido de auferir renda para se viver dignamente quanto o de servir o outro, seja para contribuir no desenvolvimento dele, seja para se realizar como ser humano (DESSAUNE, 2017, p. 354).
8. A *missão geral* de qualquer fornecedor é promover o bem-estar, contribuir para a existência digna e possibilitar a realização humana do consumidor, bem como de eventuais empregados e sócios e da comunidade que o cerca, em função dos quais ele (fornecedor) existe. Já a *missão implícita* de todo fornecedor é liberar os recursos produtivos que o consumidor necessitaria para produzir, para seu próprio uso, o produto ou serviço que o fornecedor oferece no mercado. Ou seja, é dar ao consumidor, por meio de um produto ou serviço de qualidade, condições de empregar o seu tempo e as suas competências nas atividades de sua livre escolha e preferência, que geralmente são atividades existenciais (DESSAUNE, 2017, p. 362).
9. Refiro-me a tais empresas abstratamente.
10. *Modus solvendi* do problema é uma expressão que criei para designar o “modo” veladamente imposto pelo fornecedor de “solucionar” problemas de consumo potencial ou efetivamente lesivos, que se traduz na conduta desleal, não cooperativa e danosa, comumente ainda marcada pela habitualidade, pela qual o fornecedor se vale das mais variadas justificativas ou artifícios para atenuar, impossibilitar ou exonerar sua responsabilidade pelo problema que ele próprio permitiu ou contribuiu para que fosse criado no mercado. Esse *modus solvendi*, pelo qual o fornecedor subverte a ordem jurídica e veladamente tenta transferir para o consumidor os seus deveres e custos profissionais que decorrem do problema primitivo, de modo diverso do que o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (CDC) estabelece, configura a prática abusiva (gênero) vedada pelos arts. 25, 39, V, e 51, I e IV, do CDC (DESSAUNE, 2017, p. 362-3).
11. Reporto-me aos problemas de consumo potencial ou efetivamente lesivos ao consumidor.
12. Refiro-me, especialmente, aos direitos do consumidor de adquirir ou utilizar produtos e serviços que tenham padrões adequados de qualidade-adequação e qualidade-segurança; de receber informações claras e adequadas sobre os produtos e serviços oferecidos no mercado; de ser tratado sempre com boa-fé; de não ser alvo ou vítima de práticas abusivas; de não sofrer riscos ou danos; e de ter sanados, rápida, efetiva e integralmente, os vícios que produtos e serviços apresentem, bem como de ter reparados, de igual modo, os danos que produtos e serviços ou que eventuais práticas abusivas causem.
13. Ao transferir veladamente para esses consumidores, de modo incompatível com a boa-fé e a equidade, os deveres e os custos que o CDC atribui exclusivamente aos fornecedores.
14. Dentre as práticas abusivas (gênero) expressamente proibidas pelo CDC, ressaem

as cláusulas abusivas (espécie) que “impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos” (art. 51, I) e as que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (art. 51, IV). O art. 39, V, acrescenta que “é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”, enquanto o art. 25 fixa que “é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuem a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores” – que versam sobre a qualidade de produtos e serviços, bem como sobre a prevenção e reparação de danos.

15. José Afonso da Silva explica que qualquer restrição à liberdade de ação em geral ou liberdade-matriz das pessoas só pode ser imposta por “lei legítima”, que é aquela emanada do Poder Legislativo formado pelo consentimento popular e elaborada em conformidade com o processo legislativo constitucional (SILVA, 2007, p. 236).
16. Robert Alexy sustenta que a “liberdade negativa” (ou possibilidade de escolha) de uma pessoa só é restringível na presença de “razões suficientes”, pois a liberdade negativa, enquanto princípio, “não outorga uma permissão definitiva para fazer ou deixar de fazer tudo o que se quer; ele tão somente sustenta que todos podem fazer ou deixar de fazer o que quiserem, desde que não existam razões suficientes (direitos de terceiros, interesses coletivos) que fundamentem uma restrição na liberdade negativa”. Alexy enfatiza que o princípio da liberdade negativa exige um “motivo suficiente” para que haja qualquer restrição à liberdade, por mais insignificante ou menor que seja esse motivo. Senão ocorreriam restrições arbitrárias à liberdade, ou seja, até “nas pequenas coisas o indivíduo poderia ser submetido a toda forma de chicanas sem fundamento” (ALEXY, 2008, p. 357-8).
17. A não ser submeter-se ao *modus solvendi* do problema que o próprio fornecedor veladamente impõe.
18. Como reclamar e descansar, preocupar-se com um problema de consumo e divertir-se, aguardar atendimento em casa e trabalhar fora, em razão da aplicação, de modo direto ou por analogia, do princípio da impenetrabilidade da matéria às situações de desvio produtivo do consumidor. Disso resulta que uma atividade preterida no presente, em regra, só poderá ser realizada no futuro suprimindo-se outra atividade.
19. O termo *carência* designa o conjunto das necessidades, desejos e expectativas da pessoa. Isto é, carências são as necessidades biológicas e culturais da pessoa, os seus desejos criados principalmente por técnicas de marketing, pela emulação social, pela perspectiva de obter diferentes formas de prazer e de realização, por alguns estados emocionais e por alguns distúrbios mentais e as suas expectativas geradas especialmente por informações, por promessas, por experiências, por valores morais e por direitos (DESSAUNE, 2009, p. 255-6).
20. Inicialmente, denominei o fenômeno socioeconômico em análise “desvio *dos recursos* produtivos do consumidor”, por ser um nome mais completo e autoexplicativo. Porém a necessidade de dispor de um nome menor e mais simples, tanto para o título do livro quanto para as inúmeras citações ao longo da obra, levou-me a simplificá-lo e a reduzi-lo para “desvio produtivo do consumidor”. Note-se, contudo, que nessa nova

expressão cunhada não empreguei o adjetivo “produtivo” para qualificar o *desvio* do consumidor como sendo um ato “producente” ou “improducente”. Diversamente, utilizei tal adjetivo em sua acepção de “relativo à produção”, indicando tão somente que, em situações de mau atendimento e de omissão, dificuldade ou recusa de responsabilidade pelo fornecedor, o consumidor se vê forçado a desviar seus *recursos* “que produzem” (tempo e competências) de suas atividades geralmente existenciais, objetivando enfrentar os mais variados problemas de consumo (INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS, 2009, *s.v.* produtivo).

21. Repita-se que as principais atividades existenciais, que na sociedade contemporânea se dirigem ao desenvolvimento da personalidade e à promoção da dignidade das pessoas, são estudar, trabalhar, descansar, dedicar-se ao lazer, conviver socialmente, cuidar de si e consumir o essencial.
22. Se o tempo é o suporte implícito da existência humana, isto é, da vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve, é possível concluir que o tempo vital, existencial ou produtivo é um dos objetos do direito fundamental à vida.
23. *Dano existencial* é a lesão a qualquer atividade existencial humana, que precisa ser modificada ou suprimida em decorrência de uma interferência externa injustificada na liberdade de ação da pessoa, resultando em uma alteração danosa do seu modo de ser, do seu cotidiano e/ou do seu projeto de vida (DESSAUNE, 2017, p. 356-7).
24. Veja DESSAUNE, 2017, itens 9.2 e 9.3.
25. Veja DESSAUNE, 2017, item 12.1.
26. LOPES JR., 2009, p. 142-3.
27. Veja DESSAUNE, 2017, item 9.6.
28. Veja DESSAUNE, 2017, capítulo 15.
29. Nesse sentido, Marx sustenta que, na nascente sociedade industrial, o lucro originava-se da exploração do tempo de trabalho dos trabalhadores assalariados pelos empresários capitalistas, conforme sua Teoria da Mais-valia (MARX, 1996, livro I, tomo 2, p. 138). Hodiernamente constato que, na sociedade de massas pós-industrial, a exploração abusiva do tempo vital dos consumidores vulneráveis é uma das novas formas de lucro de megaforneecedores capitalistas.
30. Veja DESSAUNE, 2017, item 9.4 e capítulo 16.
31. Trata-se do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro dividido pela População Economicamente Ativa (PEA) do País.
32. Veja DESSAUNE, 2017, capítulo 17.
33. Ressalvem-se os profissionais liberais, que estão fora da regra geral da responsabilidade objetiva do Direito do Consumidor. De acordo com o art. 14, § 4º, do CDC, esses profissionais só serão responsabilizados mediante a verificação de que agiram com culpa ou dolo.

## Referência

DESSAUNE, Marcos. Resumo sistematizado e conclusão da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. In: \_\_\_\_\_. *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017. cap. 19, p. 270-280.

O CONTRATO DE  
COMPRA E VENDA  
DE COISAS FUTURAS  
E A ULTERIOR  
ALTERAÇÃO DO  
PREÇO DE MERCADO  
DO BEM OBJETO DO  
CONTRATO  
— UM CONTRIBUTO  
DA EXPERIÊNCIA  
JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

ALTAIR GUERRA DA COSTA<sup>1</sup>  
Juiz de Direito

## **RESUMO**

*O presente trabalho consiste em estudo de caso com o qual se defrontou o Judiciário brasileiro, designadamente a respeito da repercussão da alteração do preço da coisa objeto de contrato de compra e venda de coisa futura, no qual as partes definiram, quando da declaração negocial, as obrigações dos contraentes – inclusive a fixação do preço a pagar –, realizando-se uma breve abordagem doutrinária e uma análise crítica das decisões judiciais das diversas instâncias, realçando, por derradeiro, que esse caso paradigmático pode servir de contributo para o direito português.*

## Parte I – Delimitação temática

No início deste século, mais precisamente no ano de 2003, incontáveis ações judiciais aportaram no Judiciário brasileiro impugnando a validade de contratos de compra e venda de coisa futura – soja que ainda seria cultivada –, matéria até então inédita nos tribunais do Brasil.

Essas ações ampararam-se, sobretudo, no argumento da imprevisibilidade da flutuação do preço da coisa, significativamente mais elevado na época da entrega do produto em comparação com o preço estipulado no contrato, celebrado antes mesmo do plantio.

Esse paradigma pode representar importante contributo para o direito português não só pela inegável vocação agrícola de Portugal – onde em 2013 o milho, uma *commodity*, alcançou a histórica produção de 929,5 mil toneladas, além de outras culturas de crescente produção, como arroz, tomate para indústria, batata e trigo, e, ainda, as culturas permanentes de frutas, vinho e azeitona para azeite, segundo o relatório “Estatísticas Agrícolas 2013” e relatórios dos anos seguintes, divulgados pelo Instituto Nacional de Estatística de Portugal<sup>2</sup> –, mas também porque essa experiência é igualmente válida para os contratos de compra e venda de coisas futuras de uma maneira geral, e não apenas àqueles que têm como objeto produtos agrícolas.

É imperioso, entretanto, realizar uma inicial abordagem acerca das características gerais do contrato de compra e venda para, depois, ingressar nessa modalidade especial de contrato, qual seja, o de coisas futuras.

### 1 – O contrato de compra e venda e o seu enquadramento legal e doutrinário

Nas palavras de Cunha Gonçalves, transcritas por Felipe Cassiano dos Santos e Marta Martins da Costa<sup>3</sup>, o contrato de compra e venda é o “*contrato máximo*” e a “*mola impulsionadora do comércio*”, o que, à partida, revela a extrema valia da compra e venda mercantil, em especial para a afirmação do direito comercial como ramo autônomo do direito.

O contrato de compra e venda comercial, previsto no art. 463 do Código Comercial português – datado de 1888 –, possui os elementos

do contrato homônimo regulado pelo art. 874º do Código Civil de Portugal, acrescido de um elemento especial, de natureza eminentemente subjetiva – mas apurável objetivamente –, representado pela intenção de revender ou de alugar, que o torna um ato de comércio.

Na doutrina de Menezes Cordeiro, “*só serão comerciais os atos regulados no Código e nos quais aflore a característica da especialidade. Esta advém de uma valoração feita perante a correspondente regra civil ou, pelo menos, a sua integração num conjunto que, perante o equivalente conjunto civil, mereça o epíteto ‘especial’.*”<sup>4</sup>

Na dicção do art. 874º do Código Civil português, a “*compra e venda é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço*”, ocupando-se o art. 879º do mesmo diploma legal em descrever os seus efeitos essenciais, quais sejam: a) a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; b) a obrigação de entregar a coisa; c) a obrigação de pagar o preço.

O contrato de compra e venda, nesses termos, possui um efeito *real* (a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito), mediante o qual promove a transferência ou constituição do direito real como consequência *imediata e instantânea* (art. 408º, n. 1), situação derivada do *princípio da consensualidade*, e dois efeitos *obrigacionais*, consistentes nas obrigações de entregar a coisa e de pagar o preço. Excepcionalmente, não existe coincidência entre o momento da celebração do contrato e o da transmissão da propriedade, registrando-se “*uma separação, mesmo que meramente cronológica, entre o momento em que se verifica a conclusão do contrato e o momento em que ocorre o fenómeno translativo*”<sup>5</sup>, consoante previsão contida no n. 2 do art. 408º, ao disciplinar a venda de coisa futura.

Releva destacar que o art. 467º, n. 1, do Código Comercial permite o comércio de coisas incertas ou de esperanças, hipótese em que, por óbvio, o contrato de compra e venda possui efeitos puramente obrigacionais – o de entregar a coisa vendida e o de pagar o preço ajustado –, ou, quando muito, o efeito real – de transmissão da propriedade – fica postergado no tempo, numa clara caracterização de contrato de execução diferida. Menezes Leitão reporta-se a essa modalidade específica de venda – de coisas futuras –, conjugando o art. 467º, n. 1, do Código Comercial com o art. 880º do Código Civil,

lecionando que “a venda de bens futuros ocorre sempre que o vendedor aliena bens que não existem ao tempo da declaração negocial (ex., venda de uma fração autónoma de um edifício ainda por construir), que não estão em seu poder (ex., venda de peixes que vier a pescar nesse dia no lago) ou a que ele não tem direito (ex., um agricultor vende cereais que lhe virão a ser fornecidos por outro agricultor)”<sup>6</sup>.

De sua parte, o art. 408º, n. 2, do Código Civil preceitua que se a transferência respeitar a frutos naturais futuros, a transferência só se verifica no momento da colheita, norma que parece reforçar os efeitos meramente obrigacionais do contrato.

Essa liberdade de convencionar a compra e venda de coisas inexistentes ao tempo da declaração negocial advém, certamente, da liberdade contratual ou da denominada autonomia privada, outorgada pelo art. 405º, n. 1, do Código Civil, segundo o qual “dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”.

É conveniente lembrar – e é absolutamente pertinente para o presente estudo – que o art. 464º do Código Comercial não considerada comerciais as vendas que o proprietário ou explorador rural faça dos produtos de propriedade sua ou por ele explorada, e dos géneros em que lhes houverem sido pagas quaisquer rendas (n. 2), de modo que, à primeira vista, os produtores rurais não se enquadram como agentes do comércio e, assim, os agricultores não praticam atos comerciais. Entretanto, não se pode deixar de realizar uma leitura histórica dessa norma, editada em 1888 no denominado “Código Veiga Beirão”, época em que a atividade agrícola era essencialmente de subsistência, quase artesanal, exercida com técnicas rudimentares de maneira personalizada ou individualizada, centrada na figura do produtor que, ele próprio e eventualmente com a colaboração de sua família, empregava o esforço pessoal para alcançar a produção, normalmente de pequena escala; nos dias atuais, a agricultura representa uma importante atividade de

A venda de bens  
futuros ocorre  
sempre que o  
vendedor aliena  
bens que não  
existem ao tempo  
da declaração  
negocial

empreendedorismo, com o emprego de moderna tecnologia e uso de insumos especialmente adequados para cada tipo de cultura, clima e características do solo, de maneira a potencializar a produtividade, em escala crescente a cada ano, revelando-se os produtores rurais verdadeiros empresários altamente profissionalizados, com o domínio não apenas sobre o processo produtivo – a produção –, mas também sobre o comércio daquilo que produz. Não há, definitivamente, como excluir esses atores – os produtores rurais com essas características – do rol de agentes do comércio, impondo-se uma releitura contextual da norma inscrita no n. 2 do art. 464º do Código Comercial português.

No Brasil, dos contratos tipificados no Código Comercial – Lei 556, de 25 de junho de 1850 – restaram apenas os que dizem respeito ao comércio marítimo, porque o Código Civil – Lei 10.406, de 11 de janeiro de 2002 – revogou expressamente grande parte da legislação comercial (art. 2.045), de modo a avultar-se o déficit normativo especializado.

Nesse contexto, as feições do contrato de compra e venda – comercial ou civil – são as conferidas pelo art. 481 do Código Civil, o qual preceitua que, *“pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”*. Sobressai dessa norma que o contrato de compra e venda, no Brasil, não possui efeito real (ao contrário do que ocorre em Portugal), vale dizer, por ele não se transmite a propriedade, operada pela tradição (art. 1.226) ou pelo registro/transcrição (art. 1.227), conforme se trate de coisas móveis ou imóveis, sendo o contrato dotado apenas dos efeitos obrigacionais de entregar a coisa ou realizar a tradição, da parte do vendedor, e de pagar o preço convencionado, da parte do comprador.

O Código Civil brasileiro dispõe que *“a compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço”* (art. 482) e que *“a compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório”* (art. 483).

Nos dois sistemas jurídicos – português e brasileiro – é admissível a resolução do contrato: *“se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte*

*lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato” (art. 437º, n. 1, do Código Civil português) e, “nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato” (art. 478 do Código Civil brasileiro).*

Romano Martinez, ao comentar essa norma – prevendo a modificação legal da obrigação – inscrita na lei civil substantiva portuguesa, destaca a sua aptidão de produção de duplo efeito: *modificativo* – solução desejável –, que implica a adaptação do contrato atendendo à alteração das circunstâncias, e *extintivo*, ponderando que “*a questão da alteração das circunstâncias relaciona-se com a manutenção do equilíbrio contratual, ou seja, a subsistência da equivalência entre as prestações contratuais tal como inicialmente ajustado entre as partes, aludindo-se, muitas vezes a propósito de contratos administrativos, ao equilíbrio financeiro do contrato. A manutenção do equilíbrio entre as partes contratuais funda-se num dever de justiça*”<sup>7</sup>.

Na doutrina brasileira, Rizzardo leciona a respeito da teoria da imprevisão e sua repercussão nos contratos, caracterizando-a como o princípio que admite a revisão ou até de resolução do pacto “*em certas circunstâncias especiais, como na ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisos, que tornam a prestação de uma das partes sumamente onerosa*”<sup>8</sup>.

No fundo, a teoria da previsão é originária da vetusta cláusula latina *rebus sic stantibus*, aplicável aos contratos de trato sucessivo ou a termo, na medida em que pressupõe a subordinação do vínculo obrigacional à continuidade do estado de fato vigente à época da celebração, condicionando-se, sempre, o seu reconhecimento – da teoria da imprevisão – à constatação de que as alterações posteriores ao contrato promoveram o enriquecimento de um dos contratantes e o empobrecimento do outro, relegando-se, por óbvio, aplicação ao princípio quando as mudanças das circunstâncias não resultaram benefício ou vantagem ao outro contratante.

Noutro ponto de sua obra, Rizzardo ocupa-se em classificar os contratos e diz que *“comutativo é o contrato quando os contratantes celebram uma relação em que recebem a vantagem e prestam a obrigação, consistente em coisa certa e determinada, embora sem escapar aos riscos relativos à mesma, nem à oscilação sobre o seu valor”*, realçando que o requisito primordial é a *equivalência das prestações*, e por outro lado define contrato aleatório como aquele *“no qual uma ou ambas as prestações apresentam-se incertas, porquanto a sua quantidade ou extensão fica na dependência de um fato futuro e imprevisível [sic], o que torna viável venha a ocorrer uma perda, ou um lucro para uma das partes”*, destacando a *incerteza do resultado* como fator característico dessa modalidade de contrato, como se dá, por exemplo, no contrato de seguro, em que o fato futuro ou a ‘alea’ – o dano ou risco contratualmente garantido – é incerto, mas previsível.

## **Parte II – O paradigma brasileiro do contrato de compra e venda de coisa futura (safra)**

Como mencionado acima, a discussão a respeito dessa modalidade de contrato – tendo como objeto a safra futura e, por vezes, sequer semeada – era inédita na justiça brasileira, até que uma dessas ações chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), instância máxima incumbida de interpretar e uniformizar a aplicação do direito infraconstitucional, inaugurando, a partir de então, um precedente muitas vezes reafirmado pela apontada corte, balizando a resposta judicial definitiva a essa espécie de conflito.

Coube a mim, na condição de julgador de instância inicial, analisar primeiramente o litígio<sup>10</sup>, o qual centrava, no que diz respeito à validade do contrato, essencialmente nas alegações de nulidade do negócio jurídico, a pretexto da ocorrência da lesão, e, alternativamente, a sua resolução, sob o argumento de onerosidade excessiva advinda da alteração das circunstâncias, notadamente a majoração do preço – de mercado – da coisa, após a declaração negocial.

Na sentença, a alegação de nulidade do contrato, amparada na lesão, foi rechaçada sob a seguinte fundamentação:

No direito brasileiro a lesão como causa de nulidade dos negócios jurídicos remonta às Ordenações Afonsinas, sendo mantida pelas Ordenações Manuelinas e Filipinas, nestas últimas comportando gradação: lesão enorme e enormíssima. Inspirado no direito romano, o conceito de lesão adotada pelas Ordenações não se prendia a qualquer defeito de ordem psicológica, mas possuía característica puramente objetiva, consistente na simples desproporção entre o valor e o preço, e tinha o propósito de restaurar a equidade das obrigações ou impedir a injustiça usurária. Nesse toar, o direito positivo brasileiro emergido no início do último século, influenciado pela ideia do liberalismo econômico, suprimiu a lesão do rol dos vícios do consentimento e, por consequência, a afastou como causa determinante da anulabilidade dos negócios jurídicos. Num movimento de reação contrária ao direito então estabelecido, o atual Código Civil, adotando o critério subjetivo-objetivo, contemplou a lesão como causa de nulidade do negócio jurídico (art. 171, II) se a pessoal, ‘sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta’ (art. 157). O § 1º do art. 157 do vigente Código Civil complementa ao prever que ‘aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico’. In casu, o requerente não produziu qualquer prova de que a contratação decorreu de premente necessidade ou de sua inexperiência, desatendendo, destarte, o critério subjetivo; e, de igual modo, não comprovou que ao tempo da celebração do negócio jurídico havia desproporção entre o valor do preço da coisa objeto do contrato de compra e venda, não preenchendo, pois, o critério objetivo. Ulterior desproporção entre o valor e o preço da coisa, surgida por influência das regras do mercado (demanda interna ou externa, v.g.), não dá lugar ao reconhecimento da lesão, porque a desproporção deve ser contemporânea ao negócio jurídico que se pretende anular. Não há, assim, como reconhecer a nulidade do negócio jurídico (contratos), o qual revela-se hígido, merecendo desacolhimento a pretensão anulatória.”

Superada a alegação de nulidade, a sentença se pronunciou sobre a resolução do contrato nos seguintes termos:

Constatada a higidez do negócio jurídico, remanesce a questão pertinente à rescisão do contrato, a pretexto da caracterização da onerosidade excessiva. Consoante apontado em linhas volvidas, o negócio jurídico constituiu-se à luz do Código Civil revogado, mas o seu cumprimento, com a entrega da coisa e o recebimento do preço, restou cometida para época [futura]. Na inteligência do art. 478 do vigente Código Civil, 'nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato'. Exige-se, desse modo, o concurso dos seguintes requisitos para a resolução do negócio jurídico: a) que o contrato seja de execução continuada ou diferida; b) que a onerosidade excessiva de uma das partes em contraposição à extrema vantagem da outra decorra de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.[...]O contrato de execução continuada possui as seguintes características: a) uma série de relações simples interligadas entre si por um duplo vínculo; b) unidade de origem; c) igualdade de forma ou de sujeito e objeto. No caso sub judice, cada contrato celebrado pelas partes deriva de relação única (unidade de origem) e possui igualdade de forma, sujeito, de objeto, amoldando-se às duas últimas características do contrato de execução continuada, mas não contempla o principal requisito dessa modalidade de contrato, qual seja, a existência de obrigações em série, em que ao extinguir-se periodicamente uma prestação logo surge outra em ordem sucessiva.[...] Não há, pois, como reconhecer a adequação do contrato à primeira figura contratual prevista no art. 478 do Código Civil, qual seja, o contrato de execução continuada. Por outro lado, é verdade que a execução ou cumprimento da obrigação contratada restou diferida no tempo ou, em outras palavras, adiada, prorrogada para época distinta daquela em que constituiu-se o negócio jurídico, circunstância que poderia ensejar a resolução do contrato pela segunda figura contemplada

pelo art. 478 do Código Civil. Entretanto, não basta a existência de contrato de execução diferida para motivar a resolução do pacto. Exige-se que a prestação de uma parte tenha se tornado excessivamente onerosa, em contraposição à extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Não há dúvida de que o preço ajustado – de [...] por saca de soja – é menor do que o preço atual de mercado – de aproximadamente [...], segundo cotação máxima, publicação pelos jornais da época prevista para entrega da coisa objeto do contrato – mas a elevação do preço do produto não decorre de acontecimento extraordinário ou imprevisível. É de conhecimento público que os produtos que possuem cotação em bolsa de mercadorias, especialmente aqueles que são exportados em grande escala, como é o caso da soja, estão sujeitos a variações de preço, para mais ou para menos. E essa volatilidade do preço de mercado, interno e externo, decorre da mais antiga lei do comércio: a da oferta e a da procura. Nesse contexto, o produtor rural, ciente de que o preço do produto cultivado pode sofrer redução em comparação com a sua cotação no momento do plantio, opta por vender antecipadamente a produção estimada, ou parte dela, visando recuperar os custos de produção (fertilizantes, inseticidas, combustível, etc.) e alcançar um lucro que considera razoável, livrando-se do risco de uma redução do preço do produto.[...] Resta evidente, assim, que a fixação antecipada do preço do produto objeto do contrato de execução diferida possui dupla finalidade: a de arrostar o risco de redução do preço da coisa a que se sujeitaria o produtor e a de afastar o risco de elevação do preço do produto a que se sujeitaria o comprador. Inquestionável, portanto, que a definição antecipada do preço do produto decorre exatamente da previsibilidade desse acontecimento ordinário (variação do preço, para mais ou para menos). Não prospera, pois, a pretensão resolutive, devendo ser prestigiada a força obrigatória dos contratos, imprescindível para alcançar a estabilidade das relações jurídicas e a paz social.”

O tribunal de segunda instância (TJGO) divergiu da decisão inicial e reformou a sentença, em acórdão assim ementado:

Apelação cível. Contrato de compra e venda de soja. Preço pré-fixado. Onerosidade excessiva. Resolução. Ferido o princípio da equivalência contratual, sobretudo no que tange à boa-fé objetiva, face as desproporções das obrigações, a razão do contrato prescrever deveres tão-só ao vendedor (produtor rural), E, por restar vislumbrada a onerosidade excessiva impingida a uma das partes, tais circunstâncias importam em resolução do pacto, ao teor do art. 478 do CC. Apela conhecida e provida.<sup>11</sup>

Na fundamentação de seu voto, o relator consignou que “não há como cogitar que a compra e venda da referida soja, tal como realizada, isto é, sem que o pretense comprador tenha despendido qualquer numerário para o vendedor, a título de efetiva compra da mercadoria, sequer por meio de crédito agrícola, face a vinculação da cédula de produto rural, possa impingir a este, unicamente, a assunção do risco da estimativa do preço. Em se aceitando esta circunstância, obviamente, que o contratante-vendedor restaria em desequilíbrio contratual. Contudo, verifica-se que, entre o preço fixado no contrato e o valor que a mercadoria obteve à época da colheita, concorre expressiva diferença, levando a concluir que foram irrefletidas as estipulações contratuais. Não bastasse isso, pela leitura de todo o contrato, à evidência que o mesmo foi estipulado em desequilíbrio da parte vendedora, conquanto não só estipulou condições de risco nenhum para a compradora, como impingiu obrigações de onerosidade excessiva ao vendedor, seja quanto à formação da produção da soja, para a qual não houve qualquer dispêndio pela compradora, seja por impor cláusula penal de vantagem exagerada a esta. Pelo que se observa, o contrato em voga derroga os princípios fundamentais de sua formação, pois evidencia o desequilíbrio contratual efetivo quanto ao seu objeto – soja – cujo preço, indubitavelmente inferior ao de mercado, propiciou vantagem exagerada ao comprador, com conseqüente enriquecimento sem causa. Consubstancia-se aí a materialização da nulidade do contrato, que feriu de morte o princípio da equivalência contratual, sobretudo no que tange à boa-fé objetiva, em razão das desproporções das obrigações das partes, que, ao que se percebe, prescreve deveres apenas ao vendedor. Mais ainda quando um desses deveres ressaí na obrigação do mesmo

vender um produto rural a preço inferior ao mínimo tabelado, cuja valoração da safra está evidente, a subsidiar a imprevisibilidade e extraordinariedade dos fatos capazes de impor a resolução do instrumento.”

O STJ (Superior Tribunal de Justiça), cumprindo a sua missão de dar a derradeira resposta sobre o litígio, assim se pronunciou:

COMERCIAL. 1. COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA A PREÇO CERTO. A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola (sua cotação no mercado internacional) não era imprevisível.[...]12

No voto condutor do acórdão, o relator apresentou a seguinte fundamentação:

As instâncias ordinárias prestaram jurisdição completa a respeito deles, embora divergindo brilhantemente sobre os pontos principais da lide. Dois são esses pontos: o do negócio jurídico subjacente e o da emissão da cédula de produto rural. A propósito da compra e venda de safra futura a preço certo, há nos autos valioso parecer do professor Sílvio Rodrigues, no qual ele sustenta que esse contrato tem natureza comutativa, de que se destacam os seguintes trechos: ‘Ora, os contratos de venda de safra futura, tais como os de venda de soja antes mesmo do plantio, seriam, por definição mesmo, contratos aleatórios porque tais contratos são firmados até mesmo antes da sementeira e se nada o produtor colher nada recebe em troca. A impressão que tive, quando da primeira entrevista com a consulente, foi a de que os contratos por ela firmados com os produtores de soja eram contratos aleatórios, pois o objeto do negócio era uma safra futura. Todavia após examinar contratos padrão de aquisição de soja pelas associadas da ABIOVE, verifiquei que tal convenção, ao invés de cuidar de um negócio aleatório, esboçava fora de qualquer dúvida, um contrato comutativo. Com efeito, as prestações das partes são desde logo fixadas. A do vendedor consiste na entrega de um certo número de quilos de soja em grãos em uma data

futura, em troca de um preço desde logo fixado pelo comprador, ou que será fixado no futuro de acordo com as regras desde logo estabelecidas. O negócio é irrevogável, irretroatável, obrigando as partes, seus fiadores e sucessores. Repito, contrato comutativo, como acima caracterizei. Aliás, para fugir do risco do preço cair entre a assinatura do instrumento e a colheita, é que o produtor ajusta a venda de sua safra futura, com antecedência de vários meses, antes mesmo que esta frutifique. [...] O fato de o negócio de compra e venda de soja, por parte das associadas da consulente, representar um negócio comutativo, faria com que, em tese seria ele rescindível por onerosidade excessiva. Entretanto, veremos que faltam os demais pressupostos requeridos pela lei, para que a regra do art. 478 do Código Civil, possa aplicar-se à hipótese. Começo por fazer um exame histórico do problema. [...] Todavia a regra sobre a onerosidade excessiva, ou seja a revisão da convenção só é admitida se a superveniência do acontecimento que torna excessivamente onerosa a prestação de uma das partes se apresente como equivalente a uma extrema vantagem para o outro contratante e seu advento, fosse extraordinário e imprevisível. Ora, na hipótese em exame, o acontecimento que teria influído no valor da pretensão devida pelos plantadores de soja não era nem extraordinária nem imprevisível, tal prestação não se tornou para o vendedor excessivamente onerosa, nem proporcionou às associadas da consulente uma extrema vantagem que são os requisitos reclamados pela lei. É o que passo a demonstrar: [...] O aumento do preço do saco de soja à época de sua entrega não torna excessivamente oneroso o negócio para o vendedor. Ele, ao fixá-lo, por ocasião de sua venda, certamente foi cauteloso em nela computar seus gastos e um lucro razoável. De modo que, em vez de experimentar prejuízo com a alienação antecipada assegurou um lucro. O negócio foi lucrativo para o vendedor, embora seu lucro fosse menor do que seria se em vez de tê-lo vendido no ano anterior o tivesse alienado em junho a setembro do ano seguinte. Portanto aquele requisito, do negócio ser excessivamente oneroso para uma das partes, reclamado pelo artigo 478 do Código Civil, inexistente na hipótese. [...] Salvo melhor juízo e na linha desse parecer, o artigo 478 do Código Civil não autoriza o

descumprimento do contrato, porque: '1º) o fato que teria alterado o valor das prestações de uma das partes não era extraordinário, mas correntio; 2º) o acontecimento que afetou a prestação de uma das partes não era imprevisível, pelo contrário, era perfeitamente previsível; 3º) não houve prejuízo para o vendedor, que teve no negócio apenas um lucro menor.'

Na justiça brasileira, ficou assentado, pela primeira vez, que a ulterior alteração do preço da coisa objeto de contrato para entrega futura – safra não colhida e, por vezes, antes mesmo da sementeira – em que os contratantes fixaram o respectivo preço no momento da contratação não modifica os efeitos obrigacionais do contrato ou mesmo dá margem à resolução do negócio jurídico. Esse precedente orientou a jurisprudência brasileira sobre o tema.

### **Parte III – Considerações finais e conclusivas**

Expostos, de maneira sucinta, os regramentos do contrato de compra e venda em geral e do contrato de compra e venda de coisa futura em especial – tanto no direito português quanto no direito brasileiro –, aliados à sua leitura doutrinária e acrescidos da interpretação judicial do “caso da vida” – o caso estudado – é legítimo concluir que:

a) o contrato subjacente ao precedente jurisprudencial brasileiro apontado é, na sua essência, de natureza comercial – e assim deve ser considerado em Portugal, a partir da releitura histórica e contextual do art. 464º, n. 2, do Código Comercial – ao qual se aplicou, no Brasil, a lei civil por evidente déficit normativo do direito comercial (situação reveladora da absoluta necessidade da legislação especializada, não só quanto a sua existência, mas também quanto a sua atualização);

b) o contrato é comutativo – no qual as prestações de ambos os contratantes encontram-se determinadas, havendo certeza da coisa, além da vantagem e da obrigação de cada contraente –, a termo ou de execução diferida;

c) a oscilação do preço da coisa objeto do contrato, determinada por regras próprias do mercado, não representa um acontecimento extraordinário (ou anormal) e imprevisível; ao contrário, a majoração do

preço constitui acontecimento ordinário – notadamente quando possui cotação em bolsa de mercadorias e futuros – e previsível, derivando o contrato exatamente da concreta previsibilidade pelos contratantes, na medida em que o produtor/vendedor optou por não apostar na especulação (majoração) do preço por ocasião da colheita e entrega do produto, ao passo que o comprador não reputou conveniente acreditar na redução do preço – não especulando, igualmente –, de modo que a volatilidade do preço representa o risco do próprio negócio;

### A teoria da previsão é originária da vetusta cláusula latina *rebus sic stantibus*

d) a aplicação do art. 437º do Código Civil português, assim como do art. 478 do Código Civil brasileiro, pressupõe, para além da alteração das circunstâncias que imperavam à época da contratação, que um dos contratantes tenha experimentado prejuízo – tornando a sua prestação excessivamente onerosa – e o outro, ao contrário, tenha auferido

vantagem extremada, numa clara violação do princípio da boa-fé;

e) nessa situação, não há o que revisar no contrato e, de igual modo, não é cabível a sua resolução (cogitável, no caso de safra, na hipótese de frustração da colheita);

f) esse paradigma é aplicável não só a contratos de *commodities*, mas à generalidade dos contratos de compra e venda de coisa futura, como nos de imóveis fracionados por construir.

Oxalá os contratos de compra e venda de coisa futura sejam cumpridos, assim como é desejável o cumprimento de todos os contratos, porque o adimplemento de obrigações contribui para a pacificação social. Entretanto, na hipótese de incumprimento do contrato, o direito português pode valer-se da experiência jurisprudencial brasileira, a qual, quiçá, servirá como um contributo.

## Notas

1. Altair Guerra da Costa. Juiz de Direito.
2. [www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_publicacoes&PUBLICACOEStipo=ea&PUBLICACOEScolecção=107660&selTab=tab0&xlang=pt](http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOEStipo=ea&PUBLICACOEScolecção=107660&selTab=tab0&xlang=pt).
3. O contrato de compra e venda comercial – da compra para revenda à venda do bem transformado, numa releitura da obra *Direito Comercial Português* (SANTOS, FILIPE CASSIANO DOS, *Direito Comercial Português*, vol. I, Coimbra, 2007).
4. António Menezes Cordeiro. *Direito Comercial*, 4. ed., 2016, Editora Almedina, p. 210.
5. Luis Manuel Teles de Menezes Leitão. *Direito das Obrigações*, vol. III, 11. ed., 2016, Editora Almedina, págs. 19/38.
6. Obra citada, p. 46
7. Pedro Romano Martinez. *Direito das Obrigações – Programa 2010/2011 – Apontamentos*, 3. ed., 2011, AAFDL, p. 247 e 293.
8. Arnaldo Rizzardo. *Contratos*, 13. ed., 2013, Editora Forense, Rio de Janeiro, pág. 127.
9. Arnaldo Rizzardo. Obra cit., p. 127 e 71/72.
10. Ação autuada sob o n. 200400247652, que tramitou na comarca de Itumbiara-GO.
11. Apelação Cível n. 76216-7/188 – acórdão publicado no DJ 14330, de 11/08/2004 (<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-atosjudiciais>)
12. REsp 722.130 – acórdão publicado no DJ de 20/02/2006, p. 338 (<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=722130&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>)

## Referências

- CORDEIRO, António Menezes. *Direito Comercial*, 4. ed., 2016, Editora Almedina.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*, vol. III, 11. ed., 2016, Editora Almedina.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações – Programa 2010/2011 – Apontamentos*, 3. ed., 2011, AAFDL.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, 13. ed., 2013, Editora Forense, Rio de Janeiro.
- SANTOS Filipe Cassiano dos; COSTA, Marta Martins da. *O contrato de compra e venda comercial – da compra para revenda à venda do bem transformado*.



# INCUMPLIMIENTO E INDEMNIZACIÓN CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO Y COMPARACIÓN CON EL CÓDIGO COMERCIAL UNIFORME DE LOS ESTADOS UNIDOS

VICTOR DE LA FLOR KIVAKI<sup>1</sup>

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú  
Juris Doctor por la Universidad de Arizona,  
Estados Unidos de América

## **EXCERTOS**

*“Cuando las partes suscriben un contrato, ambas esperan que no existan disputas entre ellos y que al término del mismo se encuentren en una situación mejor a la que estaban previamente a su suscripción”*

*“Los efectos de la rescisión se retrotraen al momento de la celebración del contrato”*

*“La última instancia de rescisión contractual existe en el caso de compraventa de bienes inmuebles, siempre que exista exceso o falta en la extensión o cabida del bien vendido que sea mayor que un décimo de la indicada en el contrato”*

*“Si el contrato se ejecuta de forma continuada, como por ejemplo en contratos de servicios o contratos de alquiler, los efectos de la resolución sólo podrían retrotraerse al momento en que se produce la causal que motiva la respectiva resolución”*

## I. Introducción

Los contratos son los únicos mecanismos para hacer negocios. Si las respectivas partes no llegan a un acuerdo sobre los derechos y obligaciones que les permitiesen alcanzar sus objetivos de negocios en común, el comercio no sería posible. Todos los países del mundo regulan la formación, ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos a través de su propia legislación nacional. Sin embargo, algunas veces esta legislación no se desarrolla al mismo ritmo que los negocios. Hoy más que nunca, los negocios se han expandido más allá de las fronteras nacionales y los diferentes gobiernos han realizado denodados esfuerzos para promover los negocios internacionales en sus propios territorios, como por ejemplo, imposición de medidas fiscales favorables, intervenciones positivas en materia económica y programas de bienestar social.

Sin embargo, hay muchas cosas aún por hacer. Dado que los negocios se han internacionalizado, los empresarios pueden encontrar dificultades en entender y afrontar las complejidades de las diferentes leyes y regulaciones nacionales. Por otro lado, los países entienden que cuanto más eficiente sea la legislación nacional en materia de contratos, mayor progreso económico podrían alcanzar.

Este artículo analizará la legislación peruana relativa al incumplimiento e indemnización contractual y se comparará con la regulación similar de los Estados Unidos de América. El objetivo del presente artículo es determinar cuál de las dos regulaciones es más apropiada a efectos de promover los negocios internacionales. La primera parte examinará comparativamente el tratamiento del incumplimiento contractual en el Código Civil Peruano de 1984 (en adelante el Código Civil) y el Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos (en adelante UCC, por sus siglas en inglés), con una mención especial a las operaciones garantizadas. En la segunda parte del presente artículo, analizaremos de manera comparada cómo funciona la indemnización contractual, específicamente los daños y perjuicios y la ejecución forzosa de los contratos, en los sistemas peruano y estadounidense. Finalmente, analizaremos de manera especial la aplicación de la denominada “midnight deadline rule” como una medida equitativa.

## II. Incumplimiento contractual en los sistemas jurídicos peruano y estadounidense

Cuando las partes suscriben un contrato, ambas esperan que no existan disputas entre ellos y que al término del mismo se encuentren en una situación mejor a la que estaban previamente a su suscripción. Sin embargo, la realidad demuestra que muchas situaciones pueden impedir que las partes logren sus objetivos. Por ejemplo, las partes pueden entender los contratos de distintas formas o utilizar distintos métodos de interpretación contractual cuando exista duda acerca de sus intenciones reales según el significado que les otorguen a las distintas cláusulas contractuales. A este respecto, también demostraremos, sin embargo, que a menudo, y sin mediar excusa alguna, las partes no cumplen con sus obligaciones contractuales, creándose una situación de incumplimiento contractual. Llegado este punto, la principal solución es la terminación del respectivo contrato.

Existen diferencias entre los sistemas anglosajón y romano-germánico en el uso de la terminología relativa a las soluciones contractuales luego de verificado un incumplimiento.<sup>2</sup> En principio, nos gustaría resaltar la diferencia en el uso de los términos “resolución” y “rescisión” en los Estados Unidos y en Perú. En primer término, los abogados estadounidenses utilizan el término genérico rescisión<sup>3</sup> para referirse tanto a la terminación unilateral o bilateral de los contratos, como en los casos de coacción, coerción o irracionalidad<sup>4</sup>. Por otro lado, el Código Civil regula estos dos términos, rescisión y resolución, como formas distintas de terminación de los contratos. Mientras que la rescisión ocurre cuando el contrato termina por una causa existente al momento de la creación o celebración<sup>5</sup>, la resolución es la terminación contractual por una causa posterior a su formación (por ejemplo, imposibilidad, dificultad extrema, acuerdo entre partes, etc.)<sup>6</sup>

Otras diferencias entre rescisión y resolución conforme al Código Civil se encuentran relacionadas con su naturaleza, la forma cómo son declaradas, y sus efectos. En relación con su naturaleza, las causales de rescisión son determinadas por ley, mientras que las causales de resolución pueden ser establecidas por ley o bajo acuerdo entre las partes. Adicionalmente, la rescisión consiste en un remedio judicial, es

decir, esta debe ser declarada por el juez luego de un proceso judicial, mientras que la resolución puede ser declarada de manera judicial o extrajudicial – en cuyo caso opera *ipso jure*. Finalmente, los efectos de la rescisión se retrotraen al momento de la celebración del contrato. Por su parte, los efectos de la resolución se retrotraen únicamente al momento en que ocurre la causal que lo motiva<sup>7</sup>. Para efectos del presente artículo usaremos los términos rescisión y resolución de acuerdo a lo establecido en el Código Civil.

El Código Civil solo regula tres instancias de rescisión de un contrato<sup>8</sup>. Primero, el contrato se puede rescindir por lesión<sup>9</sup>. Ello ocurre cuando – al momento de la celebración del contrato – existe una desproporción entre las prestaciones mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Asimismo, si la desproporción fuese igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por la parte incumplidora de la necesidad apremiante de la parte afectada. En otras palabras, los requerimientos para rescindir un contrato debido a una lesión son: (i) la existencia de una importante disparidad o desproporción; (ii) que la parte afectada se encuentre en estado de necesidad; y, (iii) que la parte incumplidora, sabiendo del estado de necesidad de la otra parte, tome ventaja de ello<sup>10</sup>. La segunda instancia de rescisión ocurre cuando una parte vende bienes que no le pertenecen. En este caso, el contrato se rescinde si el comprador así lo solicita, siempre que el comprador no haya sabido o no haya tenido razón para saber que el bien no le pertenecía al vendedor<sup>11</sup>. La última instancia de rescisión contractual existe en el caso de compraventa de bienes inmuebles, siempre que exista exceso o falta en la extensión o cabida del bien vendido que sea mayor que un décimo de la indicada en el contrato<sup>12</sup>.

Adicionalmente, la resolución contractual vía judicial siempre se encuentra disponible cuando una parte incumple un contrato. En este caso, el artículo 1428 del Código Civil establece que la parte afectada por el incumplimiento tiene la opción de solicitar el cumplimiento del contrato o de resolverlo<sup>13</sup>. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que estas opciones son excluyentes<sup>14</sup>. Ello significa que si la parte afectada por el incumplimiento tiene un interés en que la otra parte cumpla con

sus obligaciones bajo el contrato y solicita su cumplimiento en sede judicial, no podría al mismo tiempo solicitar la resolución judicial del contrato. En el mismo sentido, una vez solicitada la resolución judicial del contrato, la parte afectada por el incumplimiento no podría solicitar el cumplimiento de la obligación que causó dicho incumplimiento<sup>15</sup>.

La legislación peruana, aparentemente, no recoge la noción de la terminación o resolución de contratos como remedios judiciales “por naturaleza”<sup>16</sup> dado que el Código Civil ha determinado dos formas por las cuales un contrato puede ser terminado extrajudicialmente de pleno derecho o *ipso jure*. Como vimos anteriormente, el artículo 1428 del Código Civil establece que la parte afectada por el incumplimiento tiene la opción de solicitar el cumplimiento del contrato o de resolverlo<sup>17</sup>. Para este fin, el artículo 1429 del mismo cuerpo legal señala que dicha parte afectada debe enviar una carta vía notarial a la otra parte, otorgándole 15 días para que cumpla con su obligación, caso contrario el contrato se resolvería de pleno derecho<sup>18</sup>.

Las soluciones o remedios incorporados en los artículos 1428 y 1429 del Código Civil son similares a los remedios dados en los artículos 63(1) y 64(1)(b) de la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías<sup>19</sup>. El artículo 63(1) establece que “[e]l vendedor podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el comprador de las obligaciones que le incumban”<sup>20</sup>, y el artículo 64(1)(b) indica que el vendedor puede declarar extrajudicialmente la resolución del contrato “si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1) del artículo 63 o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado”<sup>21</sup>. El punto principal en estos artículos es el uso de mecanismos de resolución extrajudicial cuando las partes no cumplen con sus obligaciones correspondientes.

Asimismo, el artículo 1430 del Código Civil regula la cláusula resolutoria por la cual la parte afectada por el incumplimiento tiene la opción de terminar el contrato de manera inmediata y automática. Este artículo es muy importante porque promueve el comercio al permitir a las partes que terminen el contrato sin incurrir en altos costos judiciales a fin de conseguir los mismos resultados<sup>22</sup>. Este artículo indica que las

partes pueden pactar que el contrato se termine cuando una de ellas no cumple determinada prestación a su cargo, siempre que sea establecida con toda precisión. El efecto de dicha resolución opera de pleno derecho cuando la parte afectada por el incumplimiento comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria<sup>23</sup>.

Existen dos requisitos para la aplicación del artículo 1430 del Código Civil. Primero, las partes deben establecer expresamente en el contrato la respectiva o respectivas obligaciones las cuales, una vez incumplidas, causan la resolución del contrato. Por ejemplo, en un contrato de venta de bienes entre A y B, A es responsable por la importación de 500,000 unidades de ciertos bienes modificados de acuerdo a las especificaciones de B y por la entrega de los mismos el 31 de diciembre de 2017 en el domicilio de B. El contrato firmado entre A y B expresamente indica que, acorde con el artículo 1430 del Código Civil, el contrato sería resuelto si es que A no entregase los bienes en el domicilio de B. Asumamos que A cumple con su obligación perfectamente pero solo envía 400,000 unidades de los bienes. En este caso, la resolución del 1430 no resultaría aplicable. En este escenario, B podría utilizar los artículos 1428 y 1429. Si modificásemos nuestro supuesto, si A no entregase los bienes en el domicilio de B, entonces sí operaría la resolución del 1430.

Se reputa conocida toda comunicación o declaración contractual cuando esta es recibida en el domicilio del destinatario

Adicionalmente, hay un segundo requisito que debe ser cumplido para un uso eficaz de la resolución basada en el artículo 1430 del Código Civil. La parte afectada por el incumplimiento debe notificar a la otra de que está usando la condición resolutoria. Es importante mencionar que la otra parte debe acusar recibo de dicha comunicación para que el uso de la condición resolutoria sea efectivo. De acuerdo al artículo 1374 del Código Civil, se reputa conocida toda comunicación o declaración contractual cuando esta es recibida en el domicilio del destinatario<sup>24</sup>. El propósito de dicho artículo es de proteger al deudor de la relación contractual<sup>25</sup>. De esta manera, la resolución automática de un contrato bajo el artículo 1430 del Código Civil se verifica cuando

la parte afectada por el incumplimiento expresa su intención de aplicar la condición resolutoria, y la otra parte acusa recibo de dicha comunicación<sup>26</sup>.

La Corte Suprema del Perú (la corte de más alta jerarquía en el país) ha confirmado la aplicación del artículo 1430 del Código Civil, al indicar que la terminación del contrato bajo dicha cláusula opera de pleno derecho cuando la parte afectada por el incumplimiento notifica a la otra parte acerca de su intención de terminar el respectivo contrato<sup>27</sup>.

En relación con el efecto de la resolución, el artículo 1372 del Código Civil indica que los efectos de la resolución de un contrato se retrotraen al momento en el que se produce la causal que motiva la respectiva resolución<sup>28</sup>. Sin embargo, la doctrina peruana indica casi unánimemente que los efectos de la resolución pueden depender del tipo de contrato materia de terminación<sup>29</sup>. Así, algunas veces los efectos de la resolución se podrían retrotraer al momento en el que se produce la causal de resolución, y otras veces dichos efectos se pueden retrotraer al momento en el cual el respectivo contrato fue formado.

Cuando un contrato es ejecutado instantáneamente (por ejemplo, un contrato de venta de bienes en donde dichos bienes son entregados al momento de la suscripción del contrato o en un momento posterior, o un contrato de venta de bienes cuyo pago se realiza en armadas), los efectos de la resolución se pueden retrotraer al momento en el que el contrato fue formado<sup>30</sup>. Esto sucede porque la naturaleza jurídica de dicho contrato hace que otras interpretaciones sea irrazonables. Por ejemplo, A y B suscriben un contrato por el cual A compra cierto bien de B, B debe entregar los mismos a A en el momento de la suscripción del contrato y A debe pagar el precio en 60 meses consecutivos. Estas partes acuerdan, adicionalmente, que bajo el artículo 1430 del Código Civil, el contrato podría ser resuelto si es que A no paga 3 armadas consecutivas. Luego, asumimos que A no cumple en pagar las cuotas correspondientes al mes décimo quinto, décimo sexto y décimo séptimo. Entonces, B podría resolver el contrato bajo la condición resolutoria del 1430, siempre que envíe la respectiva comunicación y A la reciba satisfactoriamente. En este caso, A debe devolver el bien a B, y B debe devolver los pagos que A haya realizado. Como veremos

posteriormente, surgirán asimismo daños y perjuicios<sup>31</sup>. Es importante mencionar que B, en este caso, podría revender el respectivo bien si así lo considera conveniente<sup>32</sup>.

De otra manera, si el contrato se ejecuta de forma continuada, como por ejemplo en contratos de servicios o contratos de alquiler, los efectos de la resolución sólo podrían retrotraerse al momento en que se produce la causal que motiva la respectiva resolución. Asumamos que A y B firman un contrato de alquiler de un bien inmueble por 24 meses, en donde A se obliga a alquilar su casa y B se obliga a pagar rentas mensuales. Dichas partes también acuerdan una condición resolutoria basada en el artículo 1430 del Código Civil, por la cual, el contrato se resolvería si B no pagase 3 cuotas seguidas de renta. Si B efectivamente incumple con su obligación de pago, sería imposible para A restituir los beneficios que tuvo por el uso y disfrute pasado de su bien inmueble; entonces, los efectos de la resolución únicamente aplicarían desde el momento en que la causal de resolución se produce.

En el derecho estadounidense, el U.C.C. también establece algunas medidas de alivio cuando el contrato es incumplido. En términos generales, si el contrato es incumplido por el vendedor, dicho cuerpo legal le da posibilidad al comprador de aceptar o rechazar la totalidad de los bienes materia del contrato o aceptar algunos bienes y rechazar otros<sup>33</sup>. Asimismo, el comprador puede rechazar algún envío que no se encuentre conforme a lo pactado si el incumplimiento afecta sustancialmente el valor de dicho envío y no puede ser rectificado, o si el defecto se da en cualquiera de los documentos requeridos<sup>34</sup>. El comprador, sin embargo, debe rechazar los bienes en un tiempo razonables luego de realizado el envío o la puesta a disposición<sup>35</sup>.

Adicionalmente, la efectividad del rechazo dependería de si el comprador notificó oportunamente al vendedor<sup>36</sup>. Luego de que el comprador haya rechazado efectivamente los bienes, estos se encontrarían automáticamente de vuelta en la posesión legal del vendedor, en la medida que la sección 2-602(2)(b) del U.C.C. indica que en el caso que el comprador rechace los bienes que se encuentran en su posesión, el comprador tiene la obligación de mantenerlos y cuidarlos razonablemente por un tiempo suficiente que permita al vendedor su respectivo traslado<sup>37</sup>.

En vez de tener una aplicación restrictiva de los remedios extrajudiciales – así como se encuentran establecidos en el artículo 1430 del Código Civil en cuanto las partes necesitan acordar las obligaciones sujetas a resolución automática del contrato, el U.C.C. indica que el comprador puede terminar el contrato si existe alguna falla en los bienes, en la puesta a disposición o envío de los mismos bajo los términos del contrato. Aun cuando ambos sistemas legales proveen procedimientos para terminar contratos de manera extrajudicial en caso de incumplimiento de los mismos, la aplicación amplia de dichos procedimientos bajo el U.C.C. (haciendo que cualquier falla sea una causal de terminación automática del contrato) hace que el derecho estadounidense sea una solución más eficiente para este tipo de situaciones.

Cabe indicar que el tratamiento del U.C.C. es similar al establecido en el artículo 64(1)(a) de la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, por el cual el vendedor puede declarar nulo el contrato “*si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato*”<sup>38</sup>. Las partes contratantes bajo el derecho peruano, por otro lado, necesitarían acordar cada situación que desean valer como condición resolutoria. Un problema con la aplicación del artículo 1430 es, pues, la muy alta probabilidad que las partes no acuerden todo el rango de supuestos que puedan ser causales de terminación automática del respectivo contrato.

### **a. Terminación de Contratos en Operaciones Garantizadas – Una Breve Nota**

Existen algunas instancias por las cuales las partes necesitan garantizar las operaciones o transacciones que hacen. En dichos supuestos, las partes deben acordar sobre la garantía aplicable al respectivo contrato, la cual generalmente es algún tipo de garantía sobre propiedad privada o personal. Por ejemplo, A y B suscriben un contrato de crédito garantizado por el cual A presta a B cierta cantidad de dinero a cierto interés y por un cierto tiempo, y B se obliga a pagar cuotas mensuales y otorga un reloj personal cuyo valor es suficiente

para cubrir el monto prestado más intereses en una proporción de 1:1. Además, las partes acuerdan que el contrato se terminaría si B incumple con el pago de 3 cuotas continuas. La pregunta aquí sería cómo se ejecuta la respectiva garantía, es decir, qué le pasaría al reloj en caso de incumplimiento por parte de B. Veamos a continuación, cómo serían las respuestas bajo la ley peruana y la ley estadounidense.

En muchos países de tradición romano-germánica aún existe la prohibición que viene de la época del Imperio Romano denominada *pactum comissorium*<sup>39</sup>. El pacto comisorio permite que la parte que haya cumplido con su obligación contractual se apropie y disponga del bien que la parte infractora constituyó como garantía con el fin de hacer pago de la respectiva obligación incumplida<sup>40</sup>. En Perú, esta prohibición aplica a la hipoteca, por lo que el acreedor garantizado con una hipoteca no puede quedarse con el inmueble hipotecado en el evento de que el deudor incumpla con la deuda subyacente<sup>41</sup>. El Código Civil aplicaba la misma prohibición a las garantías mobiliarias<sup>42</sup>; sin embargo, la Ley de Garantías Mobiliarias (LGM) abolió la prohibición del pacto comisorio en estos casos. La LGM, por lo tanto, hace que la ejecución de la garantía sea más rápida y menos costosa, incentivando el otorgamiento de créditos<sup>43</sup>.

Para estos efectos, las partes deben acordar en el respectivo contrato de garantía que la parte garantizada puede adquirir la propiedad de la respectiva garantía, una vez que la otra parte incumpla con sus obligaciones, estableciendo adicionalmente el monto de la respectiva garantía y una tercera persona que sería responsable, a nombre de ambas partes, de la ejecución de la misma (llamado el “Representante”)<sup>44</sup>. Una vez que el contrato es incumplido, la parte garantizada debe notificar vía notarial a la parte incumplidora y al Representante acerca del monto que la parte incumplidora no pagó así como el monto del colateral que se acordó previamente entre ellos. Si existiese alguna diferencia entre el valor actual y el valor de mercado del bien materia de garantía, la parte garantizada tendría el derecho de requerir cualquier diferencia en contra o, por otra parte, tendría la obligación de devolver cualquier exceso en el valor de dicha garantía a la persona que la constituyó<sup>45</sup>.

La LGM no solo permite el pacto comisorio, sino también permite un remedio extrajudicial en caso el deudor incumpla con cualesquiera

de sus obligaciones. El artículo 47 de la LGM señala que, si una parte incumple con sus obligaciones en el contrato, la parte garantizada podría vender el objeto materia de garantía de acuerdo a lo establecido en la ley o en el contrato suscrito por las partes<sup>46</sup>. En general, este artículo establece el procedimiento por el cual la parte garantizada puede vender el bien objeto de garantía si es que la otra parte incumple el contrato.

De forma particular, las partes también necesitarían nombrar a un Representante para formalizar la transferencia de los derechos de propiedad sobre la garantía otorgada, además la parte garantizada deberá notificar a la parte incumplidora y al Representante sobre el incumplimiento, y la respectiva recepción de dicha comunicación lo habilitaría a vender el objeto materia de garantía. De manera similar, el U.C.C. establece que la parte garantizada tiene el derecho de tomar posesión del objeto materia de garantía una vez que el contrato es incumplido<sup>47</sup>.

Aun cuando la discusión de los detalles específicos de la ejecución de las garantías mobiliarias bajo la ley peruana no se encuentra dentro del alcance del presente artículo, la idea general es que la parte garantizada tiene la posibilidad de tomar posesión del objeto materia de garantía una vez que el contrato sea incumplido sin culpa de ella, haciendo el proceso (al menos en teoría) más rápido y eficiente. Como hemos podido apreciar, el tratamiento de la LGM es muy similar al del U.C.C.

### **III. Daños y ejecución específica como modos de indemnización contractual en los sistemas jurídicos peruano y estadounidense**

Bajo el Código Civil, si el contrato es rescindido o resuelto, la parte incumplidora debe indemnizar a la parte afectada por los daños que esta última incurra<sup>48</sup>. Ello se encuentra de acuerdo al segundo apartado del artículo 7.3.5. de los Principios de UNIDROIT, el cual señala que la “[l]a resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.”<sup>49</sup> Aun cuando algunos países con tradición romano-germánica, como

Alemania, tienen la ejecución forzosa como remedio general ante el incumplimiento contractual<sup>50</sup>, Perú reconoce la indemnización por daños (lo cual incluye daños y perjuicios) como remedio general ante dichas situaciones. De esta manera, bajo la ley peruana, la parte afectada por el incumplimiento contractual tiene el derecho de reclamar una cierta cantidad de dinero, a modo de compensación, equivalente al beneficio que esta hubiera obtenido si la otra parte hubiese cumplido con su obligación satisfactoriamente<sup>51</sup>. Ello significa que se debe poner a la parte afectada por el incumplimiento en la misma posición en la que se habría encontrado si no se hubiese producido el acontecimiento que obliga a la indemnización<sup>52</sup>.

Cabe indicar que hay tres elementos que la parte afectada por el incumplimiento debe demostrar para la existencia de daños<sup>53</sup>. El primero es el elemento objetivo, por el cual se debe demostrar la existencia de un incumplimiento. Este elemento no necesita mayor explicación, dado que es claro que la parte tiene que incumplir una o más obligaciones en el contrato para que la otra parte busque la compensación debida. El segundo elemento es el elemento subjetivo, por el cual se requiere que exista un nexo causal entre el incumplimiento y la acción u omisión por parte del deudor (imputabilidad). De acuerdo al artículo 1329 del Código Civil, se presume que la parte incumplidora actuó con culpa leve cuando existe un incumplimiento contractual<sup>54</sup>. El tercer elemento es la existencia de daños concretos.

En Perú, la indemnización comprende daños y perjuicios. Esta aproximación es diferente a la del Código Civil de México, el cual separa los conceptos de daños y perjuicios. El artículo 2108 de dicho código define a los daños como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de la obligación<sup>55</sup>. Mientras que, el artículo 2109 del mismo señala que se reputa perjuicio a la privación de cualquier ganancia lícita que debiera obtenerse con el cumplimiento de la obligación<sup>56</sup>. Las definiciones del Código Civil de México son muy parecidas a los conceptos de daño emergente y lucro cesante. Se entiende por daño emergente la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, mientras que por lucro cesante se constituye como la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir a consecuencia del incumplimiento contractual<sup>57</sup>.

En particular, el artículo 1321 del Código Civil señala:

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Como comentamos anteriormente, si no hay daños, no hay obligación de indemnización, a menos que exista una excepción aplicable. Así, el Código Civil indica que la parte afectada debe demostrar la existencia de pérdidas. El artículo 1331 de dicho cuerpo legal establece que “[l]a prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. Ello es razonable dado que la naturaleza de la responsabilidad civil no es punitiva, a diferencia de la responsabilidad criminal – en donde las penas o castigos son aplicables como consecuencia de la comisión de crímenes<sup>58</sup>.

Adicionalmente, hay algunas instancias en las cuales el Código Civil provee la ejecución forzosa del contrato como mecanismo de solución, especialmente en los casos en los que el deudor tiene obligaciones de hacer o no hacer (por ejemplo, pintar un cuadro específico o no revelar un secreto industrial). Dicho código indica que si el deudor incumple el contrato, la parte afectada puede requerir la ejecución forzada del mismo, a menos que sea necesario el uso de la violencia para obligar al deudor<sup>59</sup>. Este tipo de acciones deben ser siempre solicitadas ante el juez, y no limita la facultad del acreedor de solicitar la indemnización por danos y perjuicios que corresponda<sup>60</sup>.

La Corte Suprema del Perú ha establecido que una parte podría ser responsable si es que incumple un contrato, y que la otra parte tiene la posibilidad de requerir judicialmente la ejecución del contrato o la indemnización por daños y perjuicios que correspondan<sup>61</sup>. Estos daños, a entender de la Corte Suprema, incluyen daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante), y daños no patrimoniales (daño moral y daño a la persona)<sup>62</sup>.

De forma similar, el sistema jurídico estadounidense prefiere utilizar la indemnización por daños y perjuicios como principal mecanismo de solución contractual dado que entiende que el propósito de dichas soluciones es compensar al deudor por la pérdida incurrida como consecuencia del incumplimiento, no obligarlo a que realice una ejecución forzosa de su prestación<sup>63</sup>. Así, el estándar que se utiliza para la aplicación de la indemnización por daños y perjuicios en los Estados Unidos es la llamada “expectativa contractual”, por la cual la parte incumplidora debe pagar a la parte afectada el monto de dinero suficiente para dejarlo en la misma posición que hubiese tenido si el contrato hubiese sido cumplido satisfactoriamente<sup>64</sup>. Por su parte, la ejecución forzosa no es una solución muy común en el U.C.C., es más, dicha solución únicamente es aplicada en limitadas circunstancias, especialmente cuando los bienes materia del contrato son únicos, como por ejemplo, bienes inmuebles, pinturas, antigüedades, patentes, franquicias, licencias o acciones que no son negociadas en mecanismos centrales de negociación<sup>65</sup>.

El sistema jurídico estadounidense prefiere utilizar la indemnización por daños y perjuicios como principal mecanismo de solución contractual

Hay dos excepciones a la “expectativa comercial” del derecho estadounidense, por las cuales la parte afectada puede no recibir el monto total que le corresponde para dejarlo en la misma posición que hubiese tenido si el contrato hubiese sido cumplido satisfactoriamente<sup>66</sup>. La primera excepción es la llamada “Regla de Hadley” o la regla de los daños indirectos. Esta regla aplica a la parte que la parte afectada perdió pero que, sin embargo, la parte incumplidora no pudo haber previsto sobre la pérdida respectiva. Esta regla deriva del antiguo caso *Hadley v. Baxendale*, en el cual la corte sostuvo que la parte afectada de un contrato podría recuperar aquellos daños que hayan sido razonablemente contemplados por las partes al momento de la contratación<sup>67</sup>.

La segunda excepción es la teoría de la mitigación de daños, por la cual se reduce el monto de la indemnización cuando los daños fueron atribuidos parcialmente a la falta de acción de la parte afectada a fin de

minimizar los daños luego del evento de incumplimiento del contrato<sup>68</sup>. La idea es que una vez que el contrato es incumplido o la parte afectada conozca o tenga conocimiento acerca del incumplimiento del contrato, esta tome los pasos suficientes para reducir los daños que puede incurrir a razón del incumplimiento<sup>69</sup>. De manera específica, de acuerdo a la sección 2-711(1)(a) del U.C.C., cuando existe un incumplimiento contractual por parte del vendedor, el comprador puede “cubrir”. Si el comprador decide hacerlo, este recuperará la diferencia entre el costo de los bienes en sustitución a los que fueron debidos en su momento y el monto de los bienes conforme al contrato original, incluyendo daños indirectos e incidentales. Adicionalmente, la sección 2-715(2) (a) prohíbe la recuperación de daños indirectos si es que la pérdida pudo haber sido evitada a través del acto de “cubrir”. Por lo demás, es interesante mencionar que la Corte Suprema del estado de North Dakota, en el caso *Hanson v. Boeder*, señaló que la persona afectada por el incumplimiento contractual de otra tiene el deber de mitigar o minimizar los daños y debe protegerse a sí mismo si es que puede hacerlo usando esfuerzos razonables o sin gastos significativos, y puede recuperar de la parte incumplidora aquellos daños que no pueda evitar usando esfuerzos razonables<sup>70</sup>.

Como podemos ver, por lo tanto, existen diferencias menores en el tratamiento de daños entre los sistemas jurídicos peruano y estadounidense. Sin embargo, la característica principal de los mismos es que ninguno de los dos intenta castigar a la parte incumplidora, sino más bien tratan de otorgar un alivio a la parte afectada, resarcéndola por los daños causados en su contra. Estas dos aproximaciones, por consiguiente, ayudan a la generación de negocios en sus respectivas jurisdicciones. Restaría ver, sin embargo, como la jurisprudencia peruana y americana desarrollan en profundidad la aplicación de indemnización por daños, lo cual estuvo fuera del alcance del presente artículo.

### **b. La Midnight Deadline Rule como medida equitativa**

Bajo la “Midnight Deadline Rule” (“MDR”), un banco debe pagar o rechazar el pago de un cheque a más tardar en la medianoche del día hábil bancario posterior al día hábil bancario de recibido el cheque<sup>71</sup>. Si el banco no hace nada durante ese lapso, se encuentra obligado a

pagar el respectivo cheque. Esta regla, la cual se encuentra establecida en la sección 4-302 del U.C.C., puede ser considerada como una medida equitativa en comparación con los remedios ante incumplimientos contractuales<sup>72</sup>.

A manera de ejemplo en la aplicación de la MDR, si A paga a B con un cheque, y B va a su banco para cobrarlo (en efectivo o mediante depósito en cuenta), el banco de B es responsable de pagar el cheque si es que lo retiene hasta después del plazo indicado bajo la MDR. Si dicho banco no quisiera cargar con la responsabilidad de pago del cheque presentado por B, entonces debería enviar una notificación por rechazo de pago antes del plazo indicado bajo la MDR.

No existe tal regla en la legislación peruana. El uso de cheques se encuentra regulado por la Ley de Títulos Valores<sup>73</sup> (“LTV”). En principio, bajo la LTV, los bancos tienen la obligación de pagar los cheques presentados por el beneficiario del mismo, siempre que dicho beneficiario haya presentado el cheque dentro de los 30 primeros días posteriores a su emisión; caso contrario, los bancos serían responsables por los daños y perjuicios ocasionados<sup>74</sup>.

Adicionalmente, la LTV establece los casos de revocación y suspensión de pago<sup>75</sup>. Sobre el particular, el emisor del cheque puede revocar la orden de pago contenida en el cheque luego de pasados los 30 días de emisión del mismo<sup>76</sup>. Por otro lado, la obligación de pago del cheque puede ser suspendido extrajudicialmente únicamente cuando el cheque físico se encuentre completamente dañado, haya sido perdido o robado<sup>77</sup>. Asimismo, hay algunos supuestos (*numerus clausus*) por los cuales los bancos no deben pagar los cheques<sup>78</sup>, por ejemplo, cuando el emisor no cuente con fondos suficientes en su respectiva cuenta corriente, o cuando el pago del respectivo cheque haya sido debidamente revocado o suspendido. Ninguno de estos supuestos, sin embargo, se encuentran relacionados con el MDR.

En Perú, hay dos escenarios prácticos por los cuales un beneficiario puede cobrar un cheque en efectivo: (i) cheque emitido con cargo a una cuenta de un banco determinado, y el cobro respectivo es solicitado en el mismo banco. En este caso, el banco tiene que pagar el cheque inmediatamente, de acuerdo con lo establecido en la LTV y otras regulaciones aplicables, a menos que una excepción aplique (por

ejemplo, falta de fondos); y (ii) cheque emitido con cargo a una cuenta de un banco determinado, y el cobro respectivo es solicitado en otro banco. En este caso, el segundo banco (banco de cobro) retendría el cheque (se debe tener en cuenta que no podría negar el pago dada la obligación legal de pago que tiene) y pondría a disposición los fondos en favor del beneficiario cuando este banco cobre el cheque del banco emisor a través de un proceso llevado a cabo en la cámara de compensación.

En relación con el proceso de compensación, el Banco Central de Reserva del Perú emitió el Reglamento de las Cámaras de Canje y Compensación de Cheques<sup>79</sup>, el cual establece un proceso “*overnight*” de canje y cobro interbancario de cheques<sup>80</sup>. De esta forma, si un banco incumple con rechazar el pago de un cheque basado en cualquier razón establecida en las normas y procesos aplicables, el cheque se consideraría aceptado. Sin embargo, la regulación deja vagamente abierta la posibilidad de reclamar el monto pagado en los tribunales<sup>81</sup>.

Por lo tanto, la regulación peruana no tiene una regla similar a la MDR en la medida en que los bancos no tienen ningún derecho limitado a ir en contra del emisor del cheque y reclamar el monto que no debieron haber pagado conforme a las normas aplicables. Así, aun cuando el modelo peruano promueve el comercio dado que permite a los bancos minimizar el riesgo de posibles errores de pago en los cheques, este modelo no incentiva (como el MDR lo hace) la diligencia en el proceso de cobro de cheques.

#### **IV. Conclusiones**

Actualmente, podemos decir que los gobiernos tienen objetivos en común de promover el crecimiento económico sostenible en sus países. Una forma de promover dicho crecimiento es a través de una regulación eficiente del derecho contractual. Los contratos son de suma importancia en la generación de comercio y, por consiguiente, de desarrollo económico.

Luego de comparar los sistemas jurídicos peruanos y estadounidenses, hemos podido concluir que ambos son similares en muchos aspectos, incluyendo en el incumplimiento e indemnización

contractual. Sin embargo, la condición resolutoria del artículo 1430 del Código Civil no cubre todos los supuestos de la misma manera que la sección 2-601 del U.C.C. o el artículo 64(1)(a) de la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los cuales engloban todas las posibilidades por las cuales un contrato puede ser incumplido. Un problema mayor en la aplicación del artículo 1430 es el hecho de que probablemente las partes no puedan abarcar todo el rango de posibilidades que les permitan terminar automáticamente el contrato que suscribieron en su momento.

De cualquier manera, este artículo presentó un acercamiento teórico sobre el tratamiento de los contratos en el Código Civil, en comparación con el U.C.C. y otras legislaciones internacionales. Sin embargo, el análisis práctico del mismo quedó intencionalmente fuera del alcance del presente artículo para un posterior análisis. Por lo tanto, sería importante examinar cómo esta aproximación teórica se pone en práctica a fin de verificar sus efectos en ambos sistemas materia de análisis. Reconocemos que una aproximación práctica puede llevar a diferentes resultados<sup>82</sup>, especialmente cuando los conceptos son pasibles de ser interpretados de distintas maneras.

## Notas

1. Victor De la Flor Kivaki. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Juris Doctor por la Universidad de Arizona, Estados Unidos de América.
2. Boris Kozolchik, *Comparative Commercial Contracts: Law, Culture and Economic Development* (West Academic Publishing eds., 2014), p. 1160.
3. En inglés el término es *rescission*.
4. Nos referimos a los casos de “duress, coercion and unconscionability”.
5. Código Civil de 1984, artículo 1370. Este indica: “*La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo.*”
6. Código Civil de 1984, artículo 1371. Este indica: “*La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración.*”
7. Código Civil de 1984, artículo 1372. Es indica: “La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato. La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento. En los casos previstos en los dos

- primeros párrafos de este [a]rtículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe.”
8. Aníbal Torres Vásquez, *Rescisión y Resolución del Contrato*, disponible en <http://www.ettorresvasquez.com.pe/pdf/RESCISION-Y-RESOLUCION.pdf>
  9. Véase los artículos 1447 y 1448 del Código Civil de 1984.
  10. En este caso aplicaría el principio jurídico de *nemo dat quod non habet*.
  11. Véase los artículos 1539 al 1541 del Código Civil de 1984.
  12. Véase los artículos 1574 y 1575 del Código Civil de 1984.
  13. Código Civil de 1984, artículo 1428. Este indica: “En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.”
  14. Felipe Osterling, *Resolución por Incumplimiento, Penas Obligatorias y Fraude a la Ley*, disponible en <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Resoluci%C3%B3n%20por%20incumplimiento.pdf>, p. 8.
  15. Fernando López de Zavalía, *Teoría de los Contratos* 396 (Zavalía eds., vol. 1 1984).
  16. Véase Kozolchyk, *supra* nota 1, p. 1165 (indicando que existen muchas jurisdicciones dentro de la tradición romano-germánica que aún consideran que la terminación o resolución del contrato debe ser siempre un remedio judicial.)
  17. Véase *supra* nota 12.
  18. Código Civil de 1984, artículo 1429. Este indica: “En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios.”
  19. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés), *Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>.
  20. Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, artículo 63(1).
  21. Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, artículo 64(1)(b).
  22. Véase Kozolchyk, *supra* nota 1, p. 1165 (mencionando que los remedios extrajudiciales facilitan el comercio debido a que desincentivan la existencia de litigios).
  23. Código Civil de 1984, artículo 1430. Este indica: “Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución

- se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.”
24. Código Civil de 1984, artículo 1374. Este indica: “*La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla [...]*” (énfasis añadido.)
  25. Osterling, *supra* nota 1, p. 4.
  26. *Id.* p. 6.
  27. Sentencia de Casación n. 1132-2002, en 53 Revista Diálogo con la Jurisprudencia 149-51 (enero 2003). La parte pertinente señala: “[e]l artículo 1430 del Código Civil establece con carácter imperativo que la resolución convenida de pleno derecho opera solo cuando a la parte deudora se le comunica dicha decisión, esto es, cuando la referida parte toma conocimiento de ella mediante notificación válida, dado que de no existir una comunicación que haya cumplido con su objeto se estará frente a una resolución unilateral del contrato contraria a la propia naturaleza de los mismos.”
  28. Véase *supra* nota 6.
  29. Véase Torres Vásquez, *supra* nota 7; véase también Felipe Osterling y Mario Castillo Freyre, Tratado de las Obligaciones 611-33 (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú eds., Vol. XVI, Cuarta Parte, t. XI 2003), véase también Rómulo Morales Hervias, *La resolución del contrato y sus efectos*. Revista Gaceta Jurídica 147-158 (2013).
  30. Véase Torres Vásquez, *supra* nota 7.
  31. Código Civil de 1984, artículo 1563. Este indica: “La resolución del contrato por incumplimiento del comprador da lugar a que el vendedor devuelva lo recibido, teniendo derecho a una compensación equitativa por el uso del bien y a la indemnización de los daños y perjuicios, salvo pacto en contrario. Alternativamente, puede convenirse que el vendedor haga suyas, a título de indemnización, algunas de las armadas que haya recibido, aplicándose en este caso las disposiciones pertinentes sobre las obligaciones con cláusula penal.”
  32. Si interpretásemos literalmente los efectos de la resolución contractual bajo el artículo 1372 del Código Civil, podríamos tener el siguiente escenario: A se queda con el bien y B se queda con los pagos realizados hasta el momento. En dicho caso B perdería el derecho de pedir los pagos posteriores. ¿Qué pasaría si A incumple con su obligación en las primeras cuotas? ¿Qué pasaría si A incumple con su obligación en las últimas cuotas?
  33. U.C.C. §2-601.
  34. U.C.C. §2-612(1).
  35. U.C.C. §2-602.
  36. *Id.*
  37. U.C.C. §2-602(2)(b).
  38. Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, artículo 64(1)(a).

39. Kozolchyk, *supra* nota 1, p. 1170.
40. *Id.*
41. Código Civil de 1984, artículo 1111. Este indica: “[a]unque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario.”
42. Código Civil de 1984, artículo 1066 (derogado). Este indicaba: “[a]unque no se pague la deuda, el acreedor no puede apropiarse del bien prendado por la cantidad prestada. Es nulo el pacto en contrario.”
43. Mario Castillo Freyre, *Ejecución de la Garantía Mobiliaria*, p. 1-2, disponible en [http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/ejecucion\\_de\\_la\\_garantia\\_mobiliaria.pdf](http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/ejecucion_de_la_garantia_mobiliaria.pdf)
44. Ley n. 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria, artículo 53. Este indica: “Artículo 53.- Adjudicación del bien por el acreedor
- 53.1 Es válido que las partes acuerden que el acreedor garantizado pueda adjudicarse la propiedad del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. Para la validez del pacto se requiere, bajo sanción de nulidad, incluir el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria acordado por las partes y, además otorgarse el poder a que se refiere el numeral 53.6 de este artículo.
- 53.2 Producido el incumplimiento, el acreedor garantizado que desee adjudicarse el bien mueble afecto en garantía mobiliaria deberá comunicar notarialmente al deudor y al representante a que se refiere el numeral 53.6 de este artículo, así como, de ser el caso, al constituyente y al depositario, el monto detallado de la obligación garantizada no pagada y el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria acordado por las partes.
- 53.3 Si el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria fuera menor que el monto de la deuda, el acreedor garantizado podrá exigir el saldo mediante la emisión de un título con mérito ejecutivo o en la vía del proceso de ejecución.
- 53.4 Si el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria fuere mayor que el monto de la deuda, el acreedor garantizado deberá pagar la diferencia al representante a que se refiere el numeral 53.6 de este artículo, dentro de un plazo de diez días de recibida por el deudor la comunicación mencionada en el numeral 53.2 de este artículo. Vencido dicho plazo sin pagarse la diferencia, el deudor podrá exigir en la vía sumarísima el pago de una multa no menor de cinco veces la diferencia, más intereses y gastos. Todo pacto que fije un monto inferior, es nulo.
- 53.5 Cuando el acreedor garantizado pretenda adjudicarse el bien mueble afecto en garantía mobiliaria de conformidad con este artículo, dicho acreedor garantizado deberá cancelar o pagar el crédito de los acreedores garantizados que lo preceden en el rango o consignar su importe al Juez.
- Si hubiese gravámenes posteriores, los acreedores garantizados cancelarán su crédito con cargo a la diferencia prevista en el numeral 53.4 de este artículo. Para este efecto el representante a que se refiere el numeral 53.6 cumplirá con consignar judicialmente el monto a que se refiere el numeral 53.4 de este artículo.

53.6 Al momento de pactarse la posibilidad de adjudicación del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, las partes deberán otorgar poder específico e irrevocable a un representante común para que en caso de incumplimiento proceda a suscribir la documentación necesaria para la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. En ningún caso el representante podrá ser el propio acreedor garantizado. El poder constará en el formulario de inscripción y se inscribirá conjuntamente con el pacto. Para estos efectos no resulta aplicable el segundo párrafo del artículo 153 del Código Civil. Es requisito de validez para efectos de transferir la propiedad del bien mueble gravado a favor del acreedor garantizado, que éste pague al representante la diferencia de valor o la multa previstos en el numeral 53.4 que antecede.

53.7 El representante expedirá una constancia de adjudicación para los efectos tributarios correspondientes.”

45. *Id.*

46. Ley n. 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria, artículo 47. Este indica: “Artículo 47.- Venta extrajudicial

Si es exigible la obligación garantizada, el acreedor garantizado puede proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía mobiliaria en la forma establecida en los párrafos siguientes o en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria. Excepcionalmente, si mediare pacto o la situación prevista en el inciso 6, se venderá el bien mueble con arreglo al Código Procesal Civil:

1. En el acto constitutivo de la garantía mobiliaria se otorgará poder específico e irrevocable a un tercero para realizar y formalizar la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. No se admite el pacto mediante el cual el propio acreedor garantizado sea el representante. El poder no requiere inscripción distinta de la que contiene el Registro respectivo. Para estos efectos no resulta aplicable el segundo párrafo del artículo 153 del Código Civil ni el artículo 156 del mismo.

2. Es nula la venta realizada en precio menor a las dos terceras partes del valor del bien mueble pactado por las partes (según el inciso 7 del artículo 33 de la presente Ley) o, en su defecto, del valor comercial del bien mueble al tiempo de la venta. La nulidad debe ser planteada dentro de los 15 días siguientes de la venta. Este plazo es de caducidad.

3. Producido el incumplimiento del deudor, del cual dejará constancia el acreedor garantizado mediante carta notarial dirigida al deudor y al representante y, en su caso, al constituyente, el acreedor garantizado podrá proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, después de transcurridos tres días hábiles de recibida la carta notarial.

4. Si el bien mueble estuviese afecto a gravámenes anteriores a la garantía mobiliaria que dio lugar a la venta, el representante deberá consignar a la orden del Juez Especializado en lo Civil, el importe total de la venta del bien mueble dentro de los tres días hábiles siguientes al cobro del precio. Si hubiese gravámenes posteriores a la garantía mobiliaria que ha dado lugar a la venta, el representante consignará a la orden del juez el saldo del precio de venta

que hubiese después de haberse hecho cobro el acreedor garantizado. El juez procederá con arreglo al Código Procesal Civil.

5. En ningún caso podrá suspenderse la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, salvo que el deudor cancele el íntegro de la deuda. Cualquier controversia respecto del monto o de la extensión de alguno de los gravámenes, será resuelta por el Juez Especializado en lo Civil, en la vía sumarísima, conforme al Código Procesal Civil, sin suspenderse la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, bajo responsabilidad.

6. Si transcurrieran sesenta días desde la remisión de la carta notarial al deudor y, en su caso al constituyente y al representante y el bien mueble no hubiese sido vendido, el acreedor garantizado podrá solicitar su ejecución judicial conforme al Código Procesal Civil. Las partes podrán convenir un plazo distinto.

7. El acreedor garantizado es civil y penalmente responsable de la existencia, exigibilidad y cuantía de la obligación garantizada al tiempo de la venta del bien mueble gravado. El representante es civilmente responsable por el cumplimiento de las condiciones pactadas para la venta. En todo caso, el representante deberá actuar con diligencia y buena fe.

Las partes podrán pactar la forma de ejecución de la garantía mobiliaria, pero deberán observar necesariamente las disposiciones establecidas en los incisos 2 y 4 del presente artículo.

Tratándose de una garantía mobiliaria constituida sobre dinero o créditos, regirán las reglas que anteceden en cuanto fueren aplicables.”

47. U.C.C. § 9-609.
48. Rómulo Morales Hervias, *La resolución del contrato y sus efectos*. Revista Gaceta Jurídica 147-155 (2013).
49. Principios UNIDROIT 2010 §7.3.5.2.
50. Steven Shavell, *Specific Performance versus Damages for Breach of Contract*, Discussion Paper n. 532, Nov. 2005, p. 26, disponible en [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/Shavell\\_532.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Shavell_532.pdf)
51. Felipe Osterling, *Indemnización de Daños y Perjuicios*, 397, 397, disponible en <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf>
52. *Id.*
53. *Id.* p. 398.
54. Código Civil de 1984, artículo 1329. Este indica: “[s]e presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.”
55. Código Civil Federal, artículo 2108. Este indica: “[s]e entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.”
56. Código Civil Federal, artículo 2109. Este indica: “[s]e reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.”
57. Osterling, *supra* nota 1, p. 400.

58. *Id.*
59. Véase Código Civil de 1984, artículos 1150.1 y 1158.1.
60. Véase Código Civil de 1984, artículos 1152 y 1159.
61. Sentencia de Casación n. 1548-96-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 6 de Julio de 1998, p. 1402. La parte pertinente señala: “[l]a responsabilidad contractual se deriva del incumplimiento de una obligación (dar, hacer, o no hacer), por lo que el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación y la indemnización correspondiente.”
62. Sentencia de Casación n. 114-2001. En 36 Diálogo con la Jurisprudencia 296 (Sep. 2001). La parte pertinente señala: “[e]n nuestro sistema de responsabilidad civil, rige la regla según la cual el daño, definido como menoscabo que sufre un sujeto dentro de su esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial, debe ser reparado o indemnizado, teniendo como daños patrimoniales el daño emergente y el lucro cesante; y como danos extrapatrimoniales, el daño moral y el daño a la persona.”
63. Hasan Choudhury, *Remedies for Breach of Contract Under the Uniform Commercial Code, the General Conditions of Delivery of Goods of the Council for Mutual Economic Assistance and the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*. LLM Theses and Essays. Paper 116 (1988), p. 36.
64. Eric A. Posner, *Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation*, Encyclopedia of L. & Econ. 162-63 (1996-2000).
65. Shavell, *id.* *Specific Performance versus Damages for Breach of Contract*, Discussion Paper n. 532, p. 23 (Nov. 2005).
66. Posner, *supra* nota 63, pp. 162-63.
67. *Hadley v. Baxendale*, 9 Exch. 341, 156 Eng.Rep. 145 (Court of Exchequer, 1854).
68. Posner, *supra* nota 63, p. 163.
69. *Id.* p. 169.
70. *Hanson v. Boeder*, 2007 ND 20, 727 N.W.2d 280.
71. Entendemos día hábil bancario a los días en los cuales los bancos usualmente atienden al público. En general estos son de lunes a viernes, salvo feriados nacionales en los países en donde se encuentran.
72. U.C.C. § 4-302 indica originalmente en inglés: “§ 4-302 *Payor Bank’s Responsibility for Late Return of Item*  
*(a) If an item is presented to and received by a payor bank, the bank is accountable for the amount of:*  
*(1) a demand item, other than a documentary draft, whether properly payable or not, if the bank, in any case in which it is not also the depository bank, retains the item beyond midnight of the banking day of receipt without settling for it or, whether or not it is also the depository bank, does not pay or return the item or send notice of dishonor until after its midnight deadline; or*  
*(2) any other properly payable item unless, within the time allowed for acceptance or payment of that item, the bank either accepts or pays the item or returns it and accompanying documents.*”

- (b) *The liability of a payor bank to pay an item pursuant to subsection (a) is subject to defenses based on breach of a presentment warranty (Section 4-208) or proof that the person seeking enforcement of the liability presented or transferred the item for the purpose of defrauding the payor bank.*”
73. Ley n. 27287, Ley de Títulos Valores (“LTV”) fue publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 19 de junio de 2000. Esta norma aplica a todas las transacciones en donde se utilicen títulos valores. El Código Civil de 1984 aplica de manera supletoria a la LTV.
  74. Ley de Títulos Valores, artículo 207.
  75. Véase Ley de Títulos Valores, artículo 208.
  76. Ley de Títulos Valores, artículo 208.1.
  77. Véase Ley de Títulos Valores, artículos 102, 107 and 208.2.
  78. Véase Ley de Títulos Valores, artículo 212.
  79. Reglamento de las Cámaras de Canje y Compensación de Cheques, aprobado por la Circular n. 022-2006-BCRP del 11 de agosto de 2006, disponible en <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Transparencia/Normas-Legales/Circulares/2006/Circular-022-2006-BCRP.pdf>
  80. Reglamento de las Cámaras de Canje y Compensación de Cheques, artículos 4 y 5.
  81. Reglamento de las Cámaras de Canje y Compensación de Cheques, artículo 8. Este indica: “Artículo 8.- Rechazos Una vez recibidos los Archivos de Canje y los documentos físicos, las Entidades Participantes efectuarán las verificaciones necesarias a fin de determinar si hay lugar a ajustes o rechazos. Estos serán informados a la ESEC mediante el envío del archivo correspondiente, dentro del horario establecido. Los cheques no rechazados en la sesión correspondiente se considerarán aceptados para efectos del Ciclo de Canje y Compensación. Si ulteriormente una Entidad Participante encontrase que uno o más cheques no fueron rechazados en su oportunidad, pese a existir causal para ello, deberá tratar el caso en forma bilateral.” [Énfasis añadido.]
  82. Véase Lisa Bernstein, *Trade Usage in Courts: The Flawed Conceptual and Evidentiary Basis of Article 2’s Incorporation Strategy*, Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper n. 669, 2014; véase también Ronald J. Gilson et al, *Text and Context: Contract Interpretation as Contract Design*, 100 Cornell L. Rev. 23 (2014); véase también *Admissibility of Evidence of Course of Dealing and Usage of Trade Under Uniform Commercial Code §2-202(a)*, 30 Wash. & Lee L. Rev. 117 (1973).

## Referencias

- Bernstein, Lisa, *Trade Usage in Courts: The Flawed Conceptual and Evidentiary Basis of Article 2’s Incorporation Strategy*, Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper n. 669, 2014.
- Castillo Freyre, Mario, *Ejecución de la Garantía Mobiliaria*, disponible en [http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/ejecucion\\_de\\_la\\_garantia\\_mobiliaria.pdf](http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/ejecucion_de_la_garantia_mobiliaria.pdf)

- Choudhury, Hasan, *Remedies for Breach of Contract Under the Uniform Commercial Code, the General Conditions of Delivery of Goods of the Council for Mutual Economic Assistance and the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*. LLM Theses and Essays. Paper 116 (1988).
- Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Civil Peruano de 1984.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés), *Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>.
- Gilson, Ronald J., et al, *Text and Context: Contract Interpretation as Contract Design*, 100 Cornell L. Rev. 23 (2014).
- Hadley v. Baxendale*, 9 Exch. 341, 156 Eng.Rep. 145 (Court of Exchequer, 1854).
- Hanson v. Boeder*, 2007 ND 20, 727 N.W.2d 280.
- Kozolchik, Boris, *Comparative Commercial Contracts: Law, Culture and Economic Development* (West Academic Publishing eds., 2014).
- Ley n. 27287, Ley de Títulos Valores (“LTV”), publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 19 de junio de 2000.
- Ley n. 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria.
- López de Zavalía, Fernando, *Teoría de los Contratos* 396 (Zavalía eds., Vol. 1 1984).
- Morales Hervías, Rómulo, *La Resolución del Contrato y sus Efectos*. Revista Gaceta Jurídica (2013).
- Osterling Parodi, Felipe, *Indemnización de Daños y Perjuicios*, 397, 397, disponible en <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf>
- Osterling Parodi, Felipe, *Resolución por Incumplimiento, Penas Obligatorias y Fraude a la Ley*, disponible en <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Resoluci%C3%B3n%20por%20incumplimiento.pdf>.
- Osterling, Felipe y Castillo Freyre, Mario, *Tratado de las Obligaciones* 611-33 (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú eds., vol. XVI, Cuarta Parte, t. XI 2003).
- Principios UNIDROIT 2010.
- Posner, Eric A., *Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation*, Encyclopedia of L. & Econ. 162-63 (1996-2000).
- Sentencia de Casación n. 114-2001. En 36 *Diálogo con la Jurisprudencia* 296 (Sep. 2001).
- Reglamento de las Cámaras de Canje y Compensación de Cheques, aprobado por la Circular n. 022-2006-BCRP del 11 de agosto de 2006, disponible en <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Transparencia/Normas-Legales/Circulares/2006/Circular-022-2006-BCRP.pdf>
- Sentencia de Casación n. 1132-2002, en 53 *Revista Diálogo con la Jurisprudencia* 149-51 (enero 2003).
- Sentencia de Casación n. 1548-96-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 6 de Julio de 1998.

Shavell, Steven, *Specific Performance versus Damages for Breach of Contract*, Discussion Paper n. 532, noviembre 2005, disponible en [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/Shavell\\_532.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Shavell_532.pdf)

Torres Vásquez, Aníbal, *Rescisión y Resolución del Contrato*, disponible en <http://www.ettorresvasquez.com.pe/pdf/RESCISION-Y-RESOLUCION.pdf>

Uniform Commercial Code, U.C.C.

# EL ARBITRAJE DE CONSUMO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA

MARÍA HERRERA MELLADO<sup>1</sup>

Doctora en Derecho Civil y Mercantil por la Universidad de  
Granada (España)

## RESUMEN

*Tras la reciente crisis financiera global, la protección de los derechos de los consumidores de productos y servicios financieros se ha convertido en una política de Estado que merece ser el eje de representación de los derechos económicos y sociales. El arbitraje de consumo financiero supone una novedad frente a la resolución de disputas en procesos judiciales. A su vez, este método extrajudicial presenta muchas ventajas sobre todo respecto al bajo coste, la rapidez en la ejecución y la mayor flexibilidad que ofrece a las partes. En España y Estados Unidos, el arbitraje de consumo comparte características similares; sin embargo, en EE.UU, este sistema de resolución alternativa de disputas se ha convertido en una herramienta al servicio de las grandes entidades bancarias y los principales intermediarios financieros. Concretamente, en los contratos de consumo financiero se han detectado la introducción de cláusulas abusivas a través de las cuales estas entidades prohíben a los consumidores interponer demandas colectivas. Esto supone no solo un ataque contra sus intereses sino la realización de una motivación contraria a los orígenes del propio arbitraje y una violación directa de sus derechos.*

*El objetivo del presente artículo es analizar el marco normativo comparado de los derechos de protección del consumidor financiero y la práctica del arbitraje de consumo en España y EE.UU. A través de este análisis comparado queremos ofrecer al lector un panorama actual y una revisión de los efectos de las cláusulas arbitrales en los contratos de consumo en Estados Unidos y España.*

## I. Introducción

Tras la crisis financiera global, Estados Unidos y España llevaron a cabo reformas significativas en el marco de la supervisión bancaria y de la protección del consumidor financiero. Estas reformas fueron necesarias ya que, durante las décadas anteriores a la crisis, las principales entidades bancarias y de crédito habían cometido abusos en contra de los derechos e intereses de los consumidores de servicios y productos financieros, que acabaron por afectar al sistema financiero en su conjunto.

Concretamente, en Estados Unidos, la Cámara de Representantes y el Senado aprobaron leyes destinadas a la mejora del marco regulador de la industria financiera y del mercado de valores – precisamente porque fue en estos mercados donde se había originado la crisis financiera que tuvo un alcance global debido a la interconexión de los mercados y la presencia de las grandes entidades en la mayoría de los países del mundo.

Este 2017 ha sido y seguirá siendo de nuevo un año de grandes cambios a nivel mundial. Destaca la puesta en escena del nuevo presidente de Estados Unidos, cuyas políticas económicas suponen una vuelta al liberalismo desmesurado de la época anterior a la crisis financiera. En este sentido, la nueva administración ya ha comenzado a abolir algunas de las normas de control y supervisión de bancos y entidades de crédito que tan bien funcionaron para frenar la crisis y proteger a millones de consumidores financieros.

Sin ir más lejos, en febrero de 2017, Donald Trump firmó una orden ejecutiva denominada *Presidential Executive Order on Core Principles for Regulating the United States Financial System*<sup>2</sup> a través de la cual impulsó la desregulación de los mercados de crédito y de valores, facilitando posibles nuevos abusos debido a la ausencia de control y supervisión de los principales intermediarios financieros. Esta orden supuso además un ataque directo a las leyes federales aprobadas por la administración del expresidente Barack Obama.

## II. La protección del consumidor Financiero en EE.UU. y España

El concepto de consumidor financiero en el derecho estadounidense es un término relativamente nuevo que fue recogido por primera vez en el Reglamento Z<sup>3</sup>. Dicho reglamento define al consumidor como un “tarjetahabiente o una persona natural a quien le es ofrecido o aprobado un crédito de consumo”<sup>4</sup>. Como se puede apreciar esta definición es muy concreta y se encuentra delimitada a personas naturales que contratan un producto o un servicio financiero.

Por su parte, el concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico español es más amplio y abarca tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Así viene establecido en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (“LGDCU”), la cual establece textualmente:

### Artículo 3 Concepto general de consumidor y de usuario

A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.<sup>5</sup>

Es importante resaltar además que la LGDCU establece como un derecho básico de los consumidores y protección del cliente financiero, la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos, así como la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión<sup>6</sup>.

Por su parte, la Unión Europea define al consumidor en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, que

modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que deroga la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y establece de en su numeral 1) del artículo 2:

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) “consumidor”: toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión<sup>7</sup>

Es decir, limita la noción de consumidor únicamente a personas naturales, por lo que la Unión Europea considera que los servicios financieros forman parte de un sector específico alejado del núcleo básico de la protección de los consumidores y usuarios, de manera que la directiva anterior no incluye la protección de consumidor financiero.

Por su parte, la regulación específica en el ámbito de la Unión Europea define al consumidor (financiero) de forma muy similar:

A efectos de la presente Directiva, se aplicarán las siguientes definiciones:

a) “consumidor”: persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional<sup>8</sup>

La inclusión de personas jurídicas cabe intuir que se debe al hecho de que las complejidades de los mercados financieros son difíciles de comprender inclusive por personas jurídicas que actúen en un ámbito ajeno a su actividad comercial, por ejemplo, para una pequeña empresa manufacturera que adquiera productos tecnológicos a través del crédito; lo cual lo haría sujeto a la protección otorgada por las leyes de protección a los consumidores.

Sobre este punto, hemos de concluir que los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea y de los Estados Unidos tienen conceptos equivalentes relativos a la noción de consumidor, mientras que en España, las empresas no financieras o personas naturales que actúen fuera del ámbito empresarial también estarían protegidas bajo la regulación general de protección del consumidor.

### III. El arbitraje como mecanismo de solución de conflictos

#### A. Historia del arbitraje en Estados Unidos

Los tribunales de Estados Unidos, como en todos los países donde exista el estado de derecho, tienen el rol supremo de impartir justicia. Por ello, cuando hay una controversia entre dos partes, los tribunales examinan las leyes relevantes y el derecho consuetudinario aplicables a fin de resolver el conflicto.

Generalmente, los procesos judiciales en Estados Unidos requieren de un uso intensivo de recursos, lo que genera que los mismos sean lentos y excesivamente caros<sup>9</sup>. Los procesos judiciales conllevan que las partes contraten abogados, asistan a diversas audiencias, recopilen información que sirva como prueba en sus respectivos casos, cumplan con los estrictos plazos judiciales y convenzan con argumentos técnicos al jurado y jueces de turno – quienes a menudo no tienen el conocimiento necesario sobre los productos de las partes en disputa.

El arbitraje nace como una alternativa a esta situación, proponiendo un proceso más eficiente y barato. Este mecanismo presupone un acuerdo para el uso del mismo en caso de que se genere una disputa, la cual será resuelta a través de una tercera persona neutral. Cabe indicar que una vez que las partes acuerdan el uso del arbitraje, el proceso y las decisiones que se tomen durante el mismo son de obligado cumplimiento.

El uso del arbitraje en Estados Unidos cree remontarse al arbitraje informal de 1799, año en el que George Washington, el primer presidente de la nación, facultó el uso de un tercero dirimente en su testamento:

Todas las disputas [que surjan del presente testamento] serán decididas por tres hombres imparciales e inteligentes, que sean conocidos por su probidad y buen entendimiento; dos de ellos deben ser elegidos por las partes en controversia, uno cada uno, y el tercero debe ser elegido por estos dos – con estos tres hombres elegidos de esta manera se podrá (...) declarar el sentido de las intenciones del testador; y tal decisión será, para todos los efectos, obligatoria para las partes como si fuera una decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.<sup>10</sup>

Sin embargo, durante mucho tiempo y entrado ya en los primeros años del siglo XX, la exigibilidad de los acuerdos arbitrales en el derecho común o *common law* era muy débil, por lo que era fácil que cualquiera de las partes lograra evitar el uso del arbitraje para la resolución de conflictos<sup>11</sup>. A fin de cambiar este panorama, la Cámara de Comercio de Nueva York y el Comité de Comercio y Derecho Comercial del Colegio de Abogados de EE.UU. (*American Bar Association*) hicieron una intensa campaña para derribar las políticas anti-arbitraje que primaba en el *common law*, la cual terminó en la promulgación de la Ley de Arbitraje del Estado de Nueva York de 1920<sup>12</sup>.

La norma neoyorkina sentó las bases para que el arbitraje naciera formalmente en el sistema federal en 1925 a través de la promulgación de la Ley Federal de Arbitraje (*Federal Arbitration Act* o FAA por sus siglas en inglés). Si bien la FAA generalizó el uso del arbitraje como método de resolución de disputas, no fue sino hasta mediados de los años 90 que su uso se popularizó en los contratos de consumo, en gran medida gracias a dos sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (“SCOTUS” por sus siglas en inglés).

La primera sentencia a la que nos referimos es *Allied-Bruce Terminex v. Dobson*<sup>13</sup> de 1995, en la cual el comprador de una residencia que contaba con un plan contra la existencia de termitas demandó a la empresa proveedora del servicio por incumplimiento contractual, quien a su vez intentó oponerse a la cláusula arbitral que originalmente había suscrito con el vendedor de la residencia. El tribunal supremo del estado de Alabama rechazó los argumentos del proveedor, sustentando su posición en la ley estatal aplicable que rechazaba la aplicación de acuerdos arbitrales escritos. Sin embargo, SCOTUS decidió enfrentarse a la hostilidad judicial de los tribunales estatales y federales que hasta ese momento primaba en contra de los acuerdos arbitrales<sup>14</sup> e hizo un análisis detallado del alcance de la FAA, concluyendo que la misma aplicaba a todas las disputas en las que el comercio se viese involucrado

Una vez que las partes acuerdan el uso del arbitraje, el proceso y las decisiones que se tomen durante el mismo son de obligado cumplimiento

en términos laxos, haciendo que las cláusulas arbitrales tuvieran un efecto válido y obligatorio entre las partes.

La segunda sentencia fue *Doctor's Associates v. Casarotto*<sup>15</sup> de 1996, en la cual el franquiciado de un restaurante *Subway* demandó al franquiciante en función al contrato suscrito entre los mismos, el cual contenía una cláusula arbitral. El tribunal supremo del estado de Montana declaró inaplicable dicha cláusula arbitral debido al incumplimiento de requisitos no substanciales en el caso en concreto<sup>16</sup>. No obstante, SCOTUS concluyó que dichos requisitos contravenían la FAA por lo que no podía ser aplicable en contra de esta última. El Tribunal sostuvo adicionalmente que el Congreso de los Estados Unidos, al aprobar la FAA, impidió precisamente que los estados hiciesen una discriminación de las cláusulas arbitrales por tener las mismas un “carácter sospechoso”, por lo que dichas cláusulas debían ser efectivas y aplicadas como cualquier otra cláusula contractual.

Específicamente para el caso de los consumidores financieros, a raíz de las dos sentencias antes mencionadas, los bancos y las empresas emisoras de tarjetas de crédito aprovecharon el momento para introducir y hacer un uso masivo de las cláusulas arbitrales que a su vez prohibían que los consumidores presentasen demandas colectivas. Estas cláusulas, que están actualmente siendo analizadas, serían de uso obligatorio y a su vez, no podrían ser negociadas ni modificadas por estos últimos.

### **B. El arbitraje de consumo en España – Protección adecuada de los derechos de los consumidores financieros en relación con las demandas colectivas**

El arbitraje en España se encuentra regulado en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo<sup>17</sup> (RDSAC). Esta norma regula la organización del sistema arbitral de consumo, así como el procedimiento del arbitraje de consumo<sup>18</sup>. Adicionalmente, el arbitraje de consumo se rige por lo dispuesto en el RDSAC y, en lo no previsto en esta norma, por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA)<sup>19</sup>.

De la misma manera, la supletoriedad de la Ley de Arbitraje se encuentra amparada en la exposición de motivos de la Ley 60/2003, que señala:

Esta Ley pretende ser una Ley general, aplicable, por tanto, íntegramente a todos los arbitrajes que no tengan una regulación especial; pero también supletoriamente a los arbitrajes que la tengan, salvo en lo que sus especialidades se opongan a lo previsto en esta Ley o salvo que alguna norma legal disponga expresamente su inaplicabilidad.

Cabe indicar que la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje fue modificada por la Ley 11/2011 de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

El RDSAC es un arbitraje institucional de resolución extrajudicial de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos del consumidor, además tiene carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes<sup>20</sup>.

El sistema de arbitraje español es muy parecido al sistema estadounidense. En principio, son los consumidores o usuarios quienes pueden iniciar acciones en sede arbitral. La definición de consumidor del derecho español es la señalada en el artículo 3 de la LGDCU<sup>21</sup>. Por otro lado, las materias susceptibles de arbitraje son de carácter indisponible dado que versan sobre derechos que legal o contractualmente son reconocidos a los consumidores<sup>22</sup>.

Sin embargo, hay dos diferencias sustanciales que es preciso resaltar entre el sistema arbitral estadounidense y el español. La primera diferencia consiste en los costos del arbitraje. En España, el procedimiento arbitral es gratuito para ambas partes<sup>23</sup>, también cuando se proponga o decida de oficio la presentación y análisis de evidencia complementaria – dado que la misma se considera como imprescindible para el buen fin del procedimiento. Sobre el particular, el artículo 45.2.1. de la RDSAC establece<sup>24</sup>:

[L]os gastos ocasionados por las pruebas practicadas a instancia de parte, serán sufragados por quien las haya propuesto y las comunes o coincidentes por mitad. Las pruebas propuestas de oficio por el órgano arbitral, serán costeadas por la junta arbitral de consumo o por la Administración de la que dependa

Por su parte, el arbitraje estadounidense tiene costos. Si bien hemos indicado que los procesos arbitrales suelen ser menos costosos que los procesos judiciales, las partes incurren en ciertos costos, generalmente de árbitros, centros de arbitraje, y cuando corresponda, por la presentación de evidencia. Por ejemplo, la *American Arbitration Association* presenta un modelo tarifario en el cual señala que el consumidor debe pagar una comisión no reembolsable de \$200 a fin de someter su caso a arbitraje<sup>25</sup>. Por otro lado, el pago a los árbitros varía entre \$750 por caso (por arbitrajes sin audiencia) a \$1,500 por día (por arbitrajes con audiencia)<sup>26</sup>. Además, hay costos asociados con la renta de salas y otros<sup>27</sup>.

La otra diferencia importante es la posibilidad de someter a arbitraje las demandas colectivas de consumo. En la práctica comercial, las empresas bancarias y las entidades de crédito han hecho uso de la defensa de la FAA y del arbitraje, para cerrar las puertas a los consumidores y que estos no puedan iniciar demandas colectivas en defensa de sus derechos, lo cual estaría siendo reivindicado en la actualidad como analizaremos a continuación.

Sobre este punto, la LGDCU establece como un derecho básico de los consumidores y de protección del cliente financiero, la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos, así como la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión<sup>28</sup>.

Además, la sección 2 del capítulo 5 del RDSAC establece el arbitraje de consumo colectivo. En particular, el artículo 56 del RDSAC señala:

#### Artículo 56 Arbitraje de consumo colectivo

El arbitraje de consumo colectivo tiene por objeto resolver en un único procedimiento arbitral de consumo los conflictos que, en base al mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a un número determinado o determinable de éstos.

De esta manera, y a diferencia de la realidad estadounidense, la legislación española otorga la posibilidad de reivindicación de los derechos y un eventual resarcimiento de daños a través de demandas colectivas.

Lo señalado anteriormente es muy importante dado que el arbitraje de consumo en España sí se constituye como un espacio gratuito y sencillo de resolución de conflictos entre las empresas financieras y los consumidores. Además, no limita a los consumidores de manera colectiva prohibiendo que estos puedan tener “su día en los tribunales” en caso que así lo decidan. Caso contrario es el de Estados Unidos, donde aún existe controversia sobre si las cláusulas arbitrales deben excluir el uso de las demandas colectivas. Como hemos visto, no obstante, esta limitación reduce los derechos y el bienestar de los propios consumidores.

#### **IV. Novedades en la supervisión bancaria en los Estados Unidos: la Oficina de Protección al Consumidor Financiero – CFPB**

A nivel federal, el cambio más significativo que se produjo en los últimos años fue la creación, a través del título X de la Ley *Dodd-Frank*, de una agencia de protección financiera del consumidor independiente dentro del Sistema de la Reserva Federal denominada Oficina de Protección del Consumidor Financiero (*Consumer Financial Protection Bureau* o CFPB por sus siglas en inglés), la cual fue establecida como una agencia independiente dentro de la Reserva, cuya misión es la regulación de la oferta de productos y servicios financieros a consumidores finales bajo las normas federales de protección del consumidor financiero.

Esta oficina está encargada de llevar a cabo la protección del consumidor financiero que hasta entonces estaba siendo llevada a cabo por, entre otros organismos regulatorios federales, la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission* o FTC por sus siglas en inglés), la Corporación Federal de Seguro de Depósitos (*Federal Deposit Insurance Corporation* o FDIC por sus siglas en inglés), la Administración Nacional de Uniones de Crédito (*National Credit Union Administration* o NCUA por sus siglas en inglés), e inclusive el Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano (*Department of Housing and Urban Development* o DHUD por sus siglas en inglés).

Dentro de la CFPB hay tres unidades, cada una con diferentes departamentos: la Unidad de Investigaciones, la Unidad de Asuntos

de la Comunidad, y la Unidad de Unificación de Quejas y Seguimiento de las mismas. A la vez, existen cuatro oficinas diferentes: la Oficina de Préstamos e Igualdad de Oportunidades, la Oficina de Educación Financiera, la Oficina de Asuntos de los Miembros de Servicio, y la Oficina de Protección Financiera de las Personas Mayores.

Dentro de la CFPB también se ha establecido un Consejo Asesor y un Fondo de Sanciones Civiles. El Consejo Asesor está compuesto por seis miembros nominados por los presidentes de la Reserva Federal a nivel estatal, y estos reúnen una vez al año. El Fondo, por su parte, está destinado a asistir a las víctimas de actividades ilegales de las entidades financieras.

El presupuesto anual de la CFPB ha ido en aumento, desde su inicio en el año fiscal de 2013 con 541 millones de dólares, a 569.8 millones de dólares, 582 millones de dólares, 605.9 millones de dólares (estimado), y 636.1 millones de dólares (estimado), para los años 2014, 2015, 2016 y 2017, respectivamente<sup>29</sup>.

### **A. Poderes de la CFPB en materia de protección del consumidor financiero**

Como hemos visto, la CFPB tiene como principal misión asegurar que las normas federales de protección del consumidor financiero sean cumplidas a fin de que los consumidores puedan acceder a los mercados de productos y servicios financieros y que dichos mercados se desarrollen de manera justa, transparente y competitiva<sup>30</sup>.

Para ello, la CFPB cuenta con una serie de mecanismos para dar cumplimiento a las leyes de protección del consumidor financiero. En primer lugar, gracias a la potestad de investigación que le ha sido otorgada, esta oficina puede nombrar funcionarios que lleven a cabo la investigación y determinen si alguna institución financiera ha violado la ley. Este mismo oficial tiene la capacidad de emitir una citación para que se lleve a cabo una audiencia administrativa con testigos y se aporten todos los documentos relacionados con la investigación<sup>31</sup>.

Cuando la CFPB detecta que se ha producido una violación de las leyes federales, esta puede también sancionar a la institución infractora. Cabe mencionar que la CFPB está obligada a llevar a cabo operaciones conjuntas con la FTC. Ambas agencias pueden

trabajar de forma conjunta a o por separado en contra de los posibles infractores.

Desde su creación, en el año 2010, la CFPB ha logrado numerosos acuerdos con instituciones acusadas de incurrir en prácticas de crédito y préstamos engañosos e injustos. En 2012, el banco *Discover*, por ejemplo, acordó el pago de 14 millones de dólares por una multa, además de 200 millones de dólares en restitución a 3,5 millones de consumidores por incurrir en prácticas de ventas engañosas que confundieron a los consumidores para que estos pagasen por productos complementarios en sus tarjetas de crédito<sup>32</sup>.

### **B. El primer informe de la CFPB relativo al arbitraje de consumo financiero**

Como acabamos de mencionar, una de las funciones específicas de la CFPB es administrar y hacer cumplir e implementar las normas federales de protección del consumidor financiero, lo cual incluye el poder de crear reglamentos, así como de emitir órdenes y guías<sup>33</sup>. Además, la Ley *Dodd-Frank* le encargó a esta oficina el estudio del uso de acuerdos arbitrales para solución de controversias en conexión con la oferta de productos y servicios financieros, el cual debía ser presentado al Congreso de los Estados Unidos<sup>34</sup>. Ante este último encargo, la CFPB presentó en marzo de 2015 su primer informe denominado “Estudio de Arbitraje – Informe al Congreso, de acuerdo a lo establecido en la Sección 1028(a) de la Ley *Dodd-Frank*”, al cual de ahora en adelante denominaremos “Informe”<sup>35</sup>.

El Informe sostenía que las cláusulas arbitrales generalmente otorgaban a las partes dos distintos derechos contractuales, los cuales se señalan a continuación: un derecho activo, por el cual cualquiera de ellas podría exigir la solución de conflictos a través de un proceso arbitral con el fin de obtener una decisión vinculante para ambas partes; y por otro lado, un derecho pasivo, por el cual si una de las partes demanda a la otra en los tribunales ordinarios, la parte demandada puede invocar la cláusula arbitral y requerir que la disputa se resuelva en sede arbitral.

Asimismo, el Informe señala que hay por lo menos dos razones por las cuales las cláusulas arbitrales se entienden que son de uso obligatorio: en primer lugar porque bajo estas cláusulas cualquiera

de las partes podría solo exigir el uso de un proceso arbitral para la solución de controversias; y segundo, porque la naturaleza misma de los contratos de consumo previene que las partes pacten voluntariamente los términos contractuales – al ser contratos de adhesión, el consumidor solo tiene la opción de aceptar o rechazar la totalidad de los términos contractuales propuestos por la entidad financiera<sup>36</sup>.

A su vez, el Informe tomó diversos parámetros relativos al arbitraje y los comparó con las demandas individuales y colectivas presentadas en procesos judiciales. Asimismo, el informe analizó la importancia de las cláusulas arbitrales en los diferentes tipos de contratos financieros de consumo, el entendimiento de dichas cláusulas por parte de los consumidores, y el volumen y la naturaleza de los arbitrajes de consumo individuales y las demandas colectivas<sup>37</sup>.

En particular, el Informe demostró que cientos de millones de consumidores usan productos y servicios financieros sujetos a cláusulas obligatorias de arbitraje, incluyendo tarjetas de crédito (53%) y cuentas corrientes (58%). Asimismo, entre el 85%-100% de las cláusulas de arbitraje estudiadas establecen que no es posible utilizar el arbitraje para resolver demandas colectivas. Por último, destacaba que la mayoría de las cláusulas arbitrales establecen que las reclamaciones menores pueden ser resueltas por los tribunales. Sin embargo, en la mayoría de estos acuerdos los consumidores no tendrían derecho a juicio con jurado<sup>38</sup>.

En el mismo Informe, se indica que durante el periodo 2010-2012 la *American Arbitration Association* revisó un promedio de 616 casos individuales de arbitraje de consumo al año<sup>39</sup>, mientras que, durante el mismo periodo, los tribunales ordinarios resolvieron 187 demandas colectivas relativas a temas de protección del consumidor financiero<sup>40</sup>. Aunque la CFPB no pudo determinar que las demandas individuales se hubiesen resuelto de manera más justas o de una forma más eficiente que los procesos arbitrales individuales, esta oficina concluyó que las demandas colectivas sí fueron resueltas de una manera más eficiente en comparación con las demandas individuales y los procesos arbitrales; teniendo en cuenta no solo la solución aportada a los consumidores sino el efecto y los cambios que propician sobre las malas prácticas corporativas<sup>41</sup>. Por último, en este Informe se pudo apreciar que los

consumidores desean mantener su derecho a presentar demandas colectivas para la resolución de conflictos de consumo.

A consecuencia de ello, en mayo de 2016 la CFPB propuso una nueva norma con el fin de prohibir las cláusulas de arbitraje obligatorias que nieguen a los grupos de consumidores su “día en los tribunales”. Como se indicó previamente, la CFPB había concluido que la mayoría de los contratos de productos financieros de consumo – como tarjetas de crédito o cuentas bancarias – contenían estas cláusulas arbitrales que prohibían a los clientes que se uniesen para presentar demandas colectivas en contra de los bancos y entidades financieras<sup>42</sup>. Ello dejaba a los clientes sin otra opción más que el arbitraje para resolver sus conflictos – usualmente por montos ínfimos, haciendo que los bancos y las entidades financieras manipulasen el sistema legal y evitasen la responsabilidad que verdaderamente les corresponde cuando infringen la ley y dañan a un sinnúmero de consumidores.

Finalmente, en el mes de julio de 2017, la CFPB emitió esta nueva norma que prohíbe directamente a los bancos, las instituciones emisoras de tarjetas de crédito y otras entidades financieras el uso de cláusulas de arbitraje que impidan a los consumidores financieros demandar colectivamente a dichas entidades<sup>43</sup>. Sin embargo, dado que dicha regulación no será de obligatorio cumplimiento sino a partir de los 60 días desde su publicación en el Registro Federal y solo aplicará a los contratos que se formalicen 180 días después de esa fecha, tendremos que esperar hasta marzo de 2018 para ver los efectos de la misma.

En cualquier caso, reiteramos nuestra postura que cualquier cláusula abusiva que prohíba a los consumidores financieros ejercer sus derechos en los tribunales, debe ser abolida ya que suponen una limitación de sus intereses, lo cual es negativo para los consumidores y para el manejo eficiente del mercado.

### **C. Críticas a la labor de la CFPB en relación con el arbitraje de consumo**

La CFPB no ha estado exenta de críticas por la labor realizada desde su creación en relación con el arbitraje de consumo, especialmente tras los datos que se dieron a conocer en el Informe en relación con sus aportaciones reales y las normas emitidas para

prohibir las cláusulas de arbitraje obligatorias en los contratos de consumo financiero. La crítica que más se repite se basa en que la CFPB no presentó información determinante para fundamentar su posición y que adicionalmente ignoró las pruebas que revelan que los procesos de demandas colectivas son onerosos e inefectivos para la distribución de beneficios entre el grupo de consumidores que se constituye como parte demandante<sup>44</sup>.

Asimismo, los críticos señalan que la información y las conclusiones provistas en el Informe son inadecuadas e imprecisas<sup>45</sup>. Por un lado, se señala que la CFPB presentó información sobre cuánto recuperan los

Existen muchos casos de reclamaciones interpuestas por los consumidores que se fundamentan en hechos muy particulares

consumidores cuando estos obtienen una sentencia arbitral a su favor sin presentar información sobre cuánto pueden estos recuperar cuando las partes llegan a un acuerdo conciliatorio sin esperar la respectiva sentencia arbitral –lo cual representa el mayor caso de conclusión de procesos arbitrales<sup>46</sup>. Por otro lado, se indica que los datos relativos a los acuerdos extrajudiciales en demandas colectivas probablemente incluyen los casos en los cuales una agencia de cobros es parte del proceso, lo cual no podría ser comparable con los casos de arbitraje puesto que estas agencias no forman parte en los procesos arbitrales materia de estudio<sup>47</sup>.

Los profesores Johnston y Zywicki indicaron que aun cuando dicho Informe presentó información novedosa sobre el arbitraje y las demandas colectivas como alternativas para la resolución de conflictos de consumo de la industria financiera, no es posible concluir que el arbitraje de consumo sea más o menos beneficioso para los consumidores respecto a las demandas colectivas<sup>48</sup>. Asimismo, dichos autores insisten en que la información presentada por la CFPB no permite una comparación significativa entre el arbitraje y las demandas colectivas a efectos de determinar una política pública adecuada<sup>49</sup>.

Desde el punto de vista práctico, la posición de la CFPB también fue criticada. El director ejecutivo de la Cámara de Comercio para la Competitividad de los Mercados de Capitales de los Estados Unidos,

el Sr. Travis Norton, señaló que si las compañías que subsidian los programas de arbitraje para sus clientes fueran obligadas a reservar millones de dólares para su defensa en demandas colectivas, muchas de estas compañías tendrían el subsidio de dichos programas<sup>50</sup>. Norton añadió que si se eliminase el arbitraje, los consumidores podrían quedarse además sin una salida viable para la protección de sus derechos<sup>51</sup>. Sobre el particular, existen muchos casos de reclamaciones interpuestas por los consumidores que se fundamentan en hechos muy particulares (por ejemplo, distintas fechas, distintos montos, o distintos intereses mal aplicados) lo cual eliminaría la posibilidad de solucionarlos a través de demandas colectivas, y sin la posibilidad de acudir a una instancia arbitral, los consumidores se quedarían en la práctica sin posibilidad de solucionar sus reclamaciones de la manera más eficiente para el mercado.

Las críticas al estudio de la CFPB relativas al uso de cláusulas arbitrales en los contratos de consumo financiero contradicen los datos presentados por dicha oficina y resaltan las ventajas del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos. En nuestro caso, tras haber analizado dichas ventajas a las que se alude, concluimos que efectivamente el arbitraje es más ventajoso en ciertos aspectos respecto a los procesos judiciales ordinarios, sin embargo, debemos reiterar que una posible limitación al derecho de los consumidores a presentar una demanda colectiva y tener “su día en los tribunales” a través de las cláusulas arbitrales va en desmedro de los intereses de estos, del mercado y del sistema de protección del consumidor en sí mismo.

#### ***D. El último obstáculo – El Tribunal Supremo de los Estados Unidos***

Hemos visto anteriormente dos casos concretos en los que SCOTUS favoreció la aplicación de cláusulas arbitrales que los consumidores autorizaron en el momento de la firma de los contratos de adhesión que las entidades financieras usan para la contratación de sus productos.<sup>52</sup> Entendemos que con ello, SCOTUS estaría limitando en el caso del arbitraje financiero de consumo los derechos de los consumidores para demandar a las entidades financieras en el sistema judicial, lo cual podría llegar a representar, por un lado, un abuso de los derechos

de los consumidores y, por otro lado, una amenaza para el sistema de protección al consumidor<sup>53</sup>.

En este sentido, en el caso *AT&T Mobility v. Concepcion*<sup>54</sup>, los esposos Vincent y Liza Concepcion demandaron a la empresa AT&T en el Tribunal del Distrito Federal de California<sup>55</sup> en relación a un contrato de telefonía móvil que habían suscrito y en el cual, según alegaron los demandantes, existía una cláusula que contenía publicidad engañosa sobre el plan inalámbrico suscrito que incluía teléfonos gratuitos<sup>56</sup>. Esta demanda se volvió una demanda colectiva dado que muchas personas vieron vulnerados sus derechos con la supuesta cláusula que contenía publicidad engañosa. El demandado opuso una moción de desistimiento a la demanda alegando que, según el contrato firmado, las controversias debían resolverse en sede arbitral y las demandas debían ser interpuestas a nivel individual y no como una demanda colectiva<sup>57</sup>.

El tribunal federal de primera instancia denegó la solicitud del demandado por la cual pretendía el uso obligatorio de la sede arbitral para la resolución de la controversia. Dicho tribunal se basó en la decisión del tribunal supremo del estado de California en el caso *Discover Bank v. Superior Court of Los Angeles*<sup>58</sup>, por el cual se dejaron sin aplicación las cláusulas arbitrales que no permitían el inicio de procesos judiciales para la resolución de demandas colectivas. El demandado apeló al Noveno Circuito Federal<sup>59</sup> que, sin embargo, estuvo de acuerdo con la decisión del tribunal en primera instancia respecto a la cláusula arbitral contenida en el contrato de AT&T a la que determinó como irrazonable de acuerdo a las leyes de California. Asimismo, dicho tribunal de apelación dictaminó que la aplicación de la FAA – aun cuando establecía que las cláusulas arbitrales son válidas, irrevocables y ejecutables – no prima respecto a las leyes de California<sup>60</sup>.

SCOTUS, no obstante, sostuvo una posición diametralmente opuesta, y ante la solicitud de revisión por parte del demandante, determinó que la FAA era una norma que prevalecía sobre la regla contenida en el caso *Discover Bank v. Superior Court of Los Angeles*, siendo esta última, en palabras de dicho tribunal, “un obstáculo para el logro y la ejecución de todos los propósitos y objetivos del Congreso de los Estados Unidos”<sup>61</sup>.

A través de la sentencia del caso *AT&T Mobility v. Concepcion*, SCOTUS reforzó los derechos de las grandes corporaciones a expensas de los derechos de los consumidores. En la práctica, la sentencia antes referida genera incluso situaciones absurdas por la cual los ciudadanos son obligados a usar el arbitraje cuando el camino adecuado para el resarcimiento de sus derechos es el inicio de demandas colectivas en sede judicial – dado el monto minúsculo de su pretensión<sup>62</sup>. Por ejemplo, una persona en el estado de Florida fue obligada por los tribunales a iniciar un arbitraje para demandar el cargo mensual indebido de 2,99 dólares por “servicio de asistencia en carreteras” que nunca solicitó ni consintió<sup>63</sup>. Dado que el costo para acceder a un arbitraje en Estados Unidos para el resarcimiento de este tipo de pretensiones es mucho mayor al monto de la pretensión en sí misma, los consumidores no inician procesos arbitrales, lo cual a la larga, hace que las empresas ganen mucho dinero de forma indebida, amparados legalmente precisamente en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que hemos analizado en este apartado. Ello, finalmente, hace que el mercado sea no solo injusto, sino ineficiente desde el punto de vista económico.

## V. Conclusiones

La normativa de arbitraje de consumo en España es más inclusiva y protege de manera más efectiva a los consumidores de productos y servicios financieros respecto a la de Estados Unidos.

Los sistemas arbitrales español y estadounidense son similares en sus aspectos básicos, pero la ley española ha consagrado dos principios fundamentales – el principio de gratuidad y el principio de acceso a la justicia, que refuerzan la efectiva protección del consumidor financiero, demostrando que España tiene políticas de estado más favorables.

Las cláusulas arbitrales promueven la resolución rápida y eficiente de conflictos comerciales, lo cual a su vez promueve la seguridad jurídica y el crecimiento del mercado. Sin embargo, cuando las grandes entidades financieras utilizan dichas cláusulas para desconocer o eliminar los derechos de los consumidores, el arbitraje de consumo pierde cualquier virtud y se generan desigualdades que deben evitarse.

Aun cuando algunos procesos de demandas colectivas interpuestos ante los tribunales son onerosos e inefectivos para la distribución de beneficios entre un grupo de consumidores, la restricción del derecho a iniciar procesos colectivos genera una inequidad inexcusable en la protección de los intereses de los consumidores financieros.

En Estados Unidos, las cláusulas de arbitraje en los contratos de consumo están siendo utilizadas para controlar la presentación de demandas colectivas, limitando así los derechos de los consumidores financieros; mientras que en España no existen cláusulas arbitrales que prohíban a los consumidores la reivindicación de sus derechos frente a los bancos y las entidades de crédito por el simple hecho de aceptar la resolución mediante arbitraje.

En suma, el sistema de arbitraje tiene muchos beneficios, pero no se le debería restringir el derecho a los consumidores a iniciar procesos colectivos para la protección de sus derechos.

Por último, se recomienda, entonces, que los distintos países revisen no solo la normativa de protección del consumidor financiero sino el uso y la práctica de las cláusulas arbitrales, de manera que se protejan efectivamente los intereses de los consumidores.

## Notas

1. María Herrera Mellado. Doctora en Derecho Civil y Mercantil por la Universidad de Granada (España). Juris Doctor por la Universidad de Arizona (Estados Unidos).
2. Presidential Executive Order on Core Principles for Regulating the United States Financial System, 3 de febrero de 2017, disponible en <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/02/03/presidential-executive-order-core-principles-regulating-united-states>
3. 12 C.R.F. §1026.2(a)(11).
4. *Id.*
5. Artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
6. LGDCU, artículo 8, literales b) y f).
7. Artículo 2, numeral 1 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

8. Artículo 3, literal a) de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.
9. Mark Furletti, *Mandatory Arbitration Clauses in the Credit Card Industry*, Enero 2003. Descargado de [https://www.philadelphiafed.org/consumer-credit-and-payments/payment-cards-center/events/workshops/2003/MandatoryArbitrationClauses\\_012003.pdf](https://www.philadelphiafed.org/consumer-credit-and-payments/payment-cards-center/events/workshops/2003/MandatoryArbitrationClauses_012003.pdf)
10. El texto original señala: “*All disputes [arising from his will] shall be decided by three impartial and intelligent men, known for their probity and good understanding; two to be chosen by the disputants, each having the choice of one, and the third by those two – which three men thus chosen, shall...declare their sense of the testator’s intention; and such decision is, to all intents and purposes to be as binding on the parties as if it had been given in the Supreme Court of the United States.*” Arbitration clause in *The Will of George Washington* (Transcription), 1799. [https://www.trans-lex.org/800900/\\_/arbitration-clause-in-the-will-of-george-washington-1799/](https://www.trans-lex.org/800900/_/arbitration-clause-in-the-will-of-george-washington-1799/)
11. Katherine V.W. Stone y Alexander J.S. Colvin, *The Arbitration Epidemic. Mandatory Arbitration Deprives Workers and Consumers of their Rights*, Diciembre 7, 2015. <http://www.epi.org/publication/the-arbitration-epidemic/>
12. *New York Arbitration Act*.
13. *Allied-Bruce Terminex v. Dobson*, 513 U.S. 265 (1995).
14. Véase *Kulukundis Shipping Co. v. Amtorg Trading Corp.*, 126 F.2d 978, 982-88 (2d Cir. 1942) (explicando en detalle la actitud judicial tradicional hacia el arbitraje de conflictos).
15. *Doctor’s Associates v. Casarotto*, 517 U.S. 681 (1996).
16. El tribunal supremo del estado Montana sustentó su posición en que el aviso que indica que el contrato se encuentra sujeto a arbitraje debía estar en la primera página del contrato y en letras mayúsculas y subrayadas.
17. B.O.E. 2007, 48, R.D. 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, <https://www.boe.es/boe/dias/2008/02/25/pdfs/A11072-11086.pdf> (en adelante el RDSAC).
18. RDSAC, artículo 1.1.
19. RDSAC, artículo 3.1.
20. RDSAC, artículo 1.2. La RDSAC limita las controversias de consumo en materia arbitral a dichos conflictos, y excluye expresamente los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquéllos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos, conforme a lo previsto en el artículo 57.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Véase RDSAC, artículo 2. Lo anterior fue establecido en base al artículo 57 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU).

21. Véase supra nota 5.
22. Véase supra nota 6.
23. El artículo 41.1. de la RDSAC establece que un principio del Sistema de arbitraje es la gratuidad. El costo, en su caso, lo asume los distintos gobiernos de las respectivas Juntas Arbitrales.
24. RDSAC, artículo 45.2.1.
25. American Arbitration Association, Consumer Arbitration Rules, Cost of Arbitration. Descargado de [https://www.adr.org/sites/default/files/Consumer%20Fee%20Schedule\\_0.pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/Consumer%20Fee%20Schedule_0.pdf)
26. *Id.*
27. *Id.*
28. LGDCU, artículo 8, literales b) y f).
29. CFPB (2017). *Budget and Performance*. Descargado de <https://www.consumerfinance.gov/about-us/budget-strategy/budget-and-performance/>
30. Dodd-Frank Act § 1021.
31. Carpenter, D. (2012). *The Consumer Financial Protection Bureau (CFPB): A Legal Analysis*. Congressional Research Service.
32. CFPB (2012, 24 de septiembre). *Federal Deposit Insurance Corporation and Consumer Financial Protection Bureau Order Discover to Pay \$200 Million Consumer Refund for Deceptive Marketing*. Descargado de <http://www.consumerfinance.gov/newsroom/discover-consent-order/>
33. Dodd-Frank Act § 1511.
34. Dodd-Frank Act § 1028(a).
35. Se puede acceder al Reporte completo en [http://files.consumerfinance.gov/f/201503\\_cfpb\\_arbitration-study-report-to-congress-2015.pdf](http://files.consumerfinance.gov/f/201503_cfpb_arbitration-study-report-to-congress-2015.pdf) (en adelante el “Informe”).
36. Informe, página 4.
37. Harvard Law School, *CFPB Proposed Rulemaking on Arbitration Clauses*, <https://corpgov.law.harvard.edu/2016/05/18/cfpb-proposed-rulemaking-on-arbitration-clauses/>
38. *Id.*
39. Informe, página 11.
40. Informe, página 13.
41. Consumer Financial Protection Bureau, *Proposed Rule with Request for Public Comment on Arbitration Agreements*, página 103 (May 3, 2016) (“Proposed CFPB Rule”), [http://files.consumerfinance.gov/f/documents/CFPB\\_Arbitration\\_Agreements\\_Notice\\_of\\_Proposed\\_Rulemaking.pdf](http://files.consumerfinance.gov/f/documents/CFPB_Arbitration_Agreements_Notice_of_Proposed_Rulemaking.pdf).
42. Consumer Financial Protection Bureau, *CFPB Proposes Prohibiting Mandatory Arbitration Clauses that Deny Groups of Consumers their Day in Court*, <https://www.consumerfinance.gov/about-us/newsroom/consumer-financial-protection-bureau-proposes-prohibiting-mandatory-arbitration-clauses-deny-groups-consumers-their-day-court/>
43. Se puede acceder al texto completo de la nueva regulación en [https://consumermediallc.files.wordpress.com/2017/07/201707\\_cfpb\\_arbitration-agreements-rule.pdf](https://consumermediallc.files.wordpress.com/2017/07/201707_cfpb_arbitration-agreements-rule.pdf)

44. Fisher, D. (2016, 18 de agosto), *Group Challenges CFPB Arbitration Rule as “Arbitrary” and Unsupported by Data*, Forbes. Descargado de <https://www.forbes.com/sites/danielfisher/2016/08/18/group-challenges-cfpb-arbitration-rule-as-arbitrary-and-unsupported-by-data/#39ef64377c15>
45. Jason Scott Johnston y Todd Zywicki, *The Consumer Financial Protection Bureau’s Arbitration Study: A Summary and Critique*, Mercatus Working Paper, Mercatus Center at George Mason University, Arlington, VA, August 2015. Página 6. Descargado de <https://www.mercatus.org/system/files/Johnston-CFPB-Arbitration.pdf>
46. *Id.*
47. Es necesario indicar que el Reporte estudia el uso de cláusula de arbitraje entre entidades financieras y sus consumidores. En caso en que la deuda sea adquirida por una agencia de cobranza, esta no se sustituye en la posición contractual de la respectiva entidad financiera, sino que únicamente adquiere el derecho de cobro de la deuda impaga.
48. Véase supra nota 45, páginas 5-6.
49. *Id.*
50. Center for Capital Markets Competitiveness, *Oral Testimony of Travis Norton U.S. Chamber of Commerce*, 5 de mayo de 2016. Descargado de <http://www.centerforcapitalmarkets.com/wp-content/uploads/2013/08/Norton-Testimony-CFPB-field-hearing-on-arbitration.pdf>
51. *Id.*
52. *Allied-Bruce Terminex v. Dobson y Doctor’s Associates v. Casarotto*.
53. Shelly Smith, *Mandatory Arbitration Clauses in Consumer Contracts: Consumer Protection and the Circumvention of the Judicial System*, 50 DePaul L. Rev. 1191 (2001). Descargado de <http://via.library.depaul.edu/law-review/vol50/iss4/13>
54. *AT&T Mobility v. Concepcion*, 563 U.S. 333 (2011).
55. Este tribunal, en este caso particular, se constituye como el tribunal ordinario de primera instancia.
56. *AT&T Mobility v. Concepcion*, página 333.
57. *Id.* página 336.
58. *Discover Bank v. Superior Court of Los Angeles*, 36 Cal4th 148 (2005).
59. Los Circuitos Federales constituyen una segunda instancia en los procesos federales en los Estados Unidos.
60. *AT&T Mobility v. Concepcion*, página 333.
61. *Id.* página 352.
62. Las demandas colectivas son efectivas cuando varios potenciales demandantes tienen demandas por montos minúsculos, pero que en el agregado los demandados tendrían una responsabilidad mucho mayor.
63. Alliance for Justice, *One Year Later: The Consequences of AT&T Mobility v. Concepcion* (Abril 27, 2012). Descargado de <http://afjjusticewatch.blogspot.com/2012/04/one-year-later-consequences-of-at.html>

## Referencias

- B.O.E. 2007, 48, R.D. 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, <https://www.boe.es/boe/dias/2008/02/25/pdfs/A11072-11086.pdf>
- Carpenter, D. (2012). *The Consumer Financial Protection Bureau (CFPB): A Legal Analysis*. Congressional Research Service.
- CFPB (2012). *CFPB Supervision and Examination Manual*. Datamotion Publishing LLC.
- CFPB (2015). *Arbitration Study Report to Congress, pursuant to Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act § 1028(a)*, [http://files.consumerfinance.gov/f/201503\\_cfpb\\_arbitration-study-report-to-congress-2015.pdf](http://files.consumerfinance.gov/f/201503_cfpb_arbitration-study-report-to-congress-2015.pdf)
- CFPB (2016). *Proposed Rule with Request for Public Comment on Arbitration Agreements*, [http://files.consumerfinance.gov/f/documents/CFPB\\_Arbitration\\_Agreements\\_Notice\\_of\\_Proposed\\_Rulemaking.pdf](http://files.consumerfinance.gov/f/documents/CFPB_Arbitration_Agreements_Notice_of_Proposed_Rulemaking.pdf)
- CFPB (2016). *CFPB Proposes Prohibiting Mandatory Arbitration Clauses that Deny Groups of Consumers their Day in Court*, <https://www.consumerfinance.gov/about-us/newsroom/consumer-financial-protection-bureau-proposes-prohibiting-mandatory-arbitration-clauses-deny-groups-consumers-their-day-court/>
- CFPB (2017). *Budget and Performance*. Descargado de <https://www.consumerfinance.gov/about-us/budget-strategy/budget-and-performance/>
- CFPB (2017). Bureau of Consumer Financial Protection 12 C.F.R. Part 1040, [https://consumermediallc.files.wordpress.com/2017/07/201707\\_cfpb\\_arbitration-agreements-rule.pdf](https://consumermediallc.files.wordpress.com/2017/07/201707_cfpb_arbitration-agreements-rule.pdf)
- Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.
- Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.
- Dodd-Frank Act § 1511.
- Dodd-Frank Act § 1028(a).
- Mark Furletti, *Mandatory Arbitration Clauses in the Credit Card Industry*, Enero 2003. Descargado de
- American Arbitration Association (2016). *Consumer Arbitration Rules, Cost of Arbitration*, [https://www.adr.org/sites/default/files/Consumer%20Fee%20Schedule\\_0.pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/Consumer%20Fee%20Schedule_0.pdf)
- Karp, Brad (2016). *CFPB Proposed Rulemaking on Arbitration Clauses*, <https://corpgov.law.harvard.edu/2016/05/18/cfpb-proposed-rulemaking-on-arbitration-clauses/>
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

# OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E A NECESSÁRIA FLEXIBILIZAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

ALEXANDRE CHINI<sup>1</sup>

Juiz de Direito

RODOLFO KRONENBERG HARTMANN<sup>2</sup>

Juiz Federal

## **EXCERTOS**

*“A desconsideração da personalidade jurídica já vinha sendo realizada nos juizados, em que pese a ausência de regulamentação da forma procedimental para tanto”*

*“Não tendo sido requerida a desconsideração na petição inicial, será, então, formado um ‘apenso’, com suspensão da demanda primitiva, para que seja viabilizada a citação do sócio a fim de que apresente defesa quanto ao tema”*

*“A desconsideração nos juizados especiais deve preservar aquilo que moveu o legislador, ou seja, a comunicação prévia e a possibilidade de defesa pelo requerido, mas sem a suspensão do procedimento ou a instauração de um incidente processual”*

*“Tanto a legislação constitucional quanto a infraconstitucional contêm dispositivos destinados a nivelar o contraditório nos casos em que não há essa igualdade substancial”*

**E**m março de 2016, o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/16) entrou em vigor já com algumas alterações promovidas por outro ato normativo (Lei 13.256/16). Obviamente, diversos questionamentos já vinham sendo apresentados antes mesmo de sua vigência, fomentando certa insegurança entre os operadores do direito, o que, de certa forma, era até de se esperar, diante das inúmeras alterações.

Com relação aos juizados especiais, o novo CPC fez referência expressa ao sistema dos juizados nos artigos 985, I, 1.062, 1.063, 1.064 e 1.065. Como parte do estudo da nova sistemática, aduziremos análise sobre o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e os meios dos quais o magistrado pode lançar mão para flexibilizar o procedimento.

Pois bem, o art. 1.062 do CPC prevê uma nova modalidade de intervenção de terceiro<sup>3</sup>, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, que será aplicado nos juizados, não obstante a existência de restrição específica prevista em lei (art. 10, Lei 9.099/95). A desconconsideração da personalidade jurídica já vinha sendo realizada nos juizados<sup>4</sup>, em que pese a ausência de regulamentação da forma procedimental para tanto. Contudo, com o advento do novo CPC, foi criado um modelo a ser seguido (art. 133 – art. 137), incluído dentro do rol de modalidades de intervenção de terceiros.

Assim, foi necessária a criação de outra regra (art. 1.062 do CPC) para justificar a incidência da intervenção de terceiros nos juizados, apesar da vedação expressa (art. 10, Lei 9.099/95). Quanto a este aspecto, não se vislumbra empecilhos sérios para que a desconconsideração aqui seja deferida. O problema, em realidade, reside na observância do novo processamento estatuído.

Com efeito, não tendo sido requerida a desconconsideração na petição inicial, será, então, formado um “apenso”, com suspensão da demanda primitiva, para que seja viabilizada a citação do sócio a fim de que apresente defesa quanto ao tema. Após, haverá dilação probatória se for o caso e, enfim, será proferida decisão interlocutória (quando se tratar de desconconsideração realizada perante órgão de primeira instância), caso em que será possível o recurso de agravo de instrumento (art. 1.015, inc. IV, do CPC).

Observa-se, assim, certos empecilhos práticos para a adoção desta maneira de proceder em sede de juizados. Primeiro porque o contraditório prévio, a dilação probatória para a solução do incidente, bem como a suspensão da demanda originária irão conspirar contra os critérios norteadores desta via (art. 2º, Lei 9.099/95). Segundo, não há possibilidade de emprego do agravo de instrumento perante as turmas recursais.

Pensamos que, em tais casos, não deverá ser observado o procedimento estabelecido na nova legislação (art. 133 – art. 137 do CPC), por ser ela absolutamente incompatível com seus princípios inspiradores. Assim, a desconsideração da personalidade jurídica deverá ser reconhecida nos próprios autos, sem que haja a suspensão da análise de qualquer tema.

Sem embargos, conforme o § 4º do art. 795 do CPC<sup>5</sup>, para a desconsideração da personalidade jurídica, é obrigatória a observância do incidente processual. Entretanto, tal disposição legal não é absoluta, pois a lei dispensa a instauração do referido incidente quando a desconsideração for requerida na petição inicial, devendo ser citado o sócio ou a pessoa jurídica (§ 2º do art. 134 do CPC) para, nos termos do art. 135, se manifestem no prazo de 15 dias.

Discorrendo sobre o tema, Elpídio Donizetti<sup>6</sup> afirma que

a aplicação ou não de determinada regra ou princípio constante no novo CPC aos juizados especiais vai depender do confronto das respectivas normas. A principiologia dos juizados guarda relação com as fontes materiais – no caso, as razões históricas – que determinaram a sua criação. Dessa forma, ainda que uma regra do Código prescreva que este ou aquele instituto aplica-se aos juizados especiais. Em se verificando que esse instituto vai de encontro a tal conjunto de princípios, a aplicação da regra deve ser afastada.

O mesmo autor diz ainda<sup>7</sup>:

Fato é que o procedimento engendrado pelo novo Código para a desconsideração da personalidade jurídica, que prevê, entre outros atos, a citação dos sócios e a suspensão do processo<sup>8</sup>,

tornou-se garantista, porém mais formalizado e moroso do que o procedimento admitido pela jurisprudência.

Resta saber se, no âmbito dos juizados especiais, esse procedimento, que exaure o contraditório antes do deferimento da constrição, vai se sobrepor ao procedimento informal e célere até então adotado. (...) Mas será que a regra pode afastar os princípios que norteiam os juizados especiais? Princípios como a informalidade, a simplicidade e a celeridade, que foram extraídos das históricas “cortes dos homens pobres” e que por isso mesmo, na medida do possível, devem reequilibrar o fiel da balança, de modo a conferir mais garantia aos hipossuficientes, podem ser afastados em homenagem ao contraditório prévio?

No conflito entre princípios, como um não pode ser excluído em detrimento de outro, deve-se proceder à ponderação dos bens jurídicos envolvidos, aliada ao princípio da proporcionalidade.

É por isso que qualquer diálogo das fontes deve ser formulado observando os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, não se podendo permitir um monólogo das fontes em detrimento do sistema estabelecido pela Lei 9.099/95, até porque o devido procedimento legal a que faz referência o art. 98, I, da Constituição Federal (oral e sumaríssimo) nada mais é do que um devido procedimento legal simples e simplificado, que atenda à sua finalidade de forma célere e econômica, se possível através da conciliação ou da transação.

Por sua vez, é por isso também que, nas hipóteses de divergências, de natureza processual, entre o Código de Processo Civil e a Lei 9.099/95, a autonomia dos juizados especiais para regular o seu procedimento deve ser preservada, devendo a interpretação ser realizada à luz dos princípios reitores do sistema dos juizados especiais cíveis<sup>9</sup>.

Claro que, com isso, não queremos dizer que os princípios mencionados são os únicos a serem observados: as normas constitucionais, assim como os princípios da ampla defesa, do devido processo legal, do contraditório e da fundamentação substancial, dentre outros, são a sustentação do sistema dos juizados.

Contudo, por força do art. 98, I, da Constituição Federal, o devido processo legal nos juizados especiais é sumaríssimo e oral, e que, em

razão disso, o princípio do contraditório e da ampla defesa encontram restrições sistêmicas significativas se comparadas às possibilidades existentes no modelo processual estabelecido pelo CPC. Por exemplo, no sistema dos juizados, o número de testemunhas é limitado a três para cada parte<sup>10</sup>; já no CPC/2015, o número de testemunhas arroladas pelas partes é de dez, sendo três para a prova de cada fato<sup>11</sup>. Existe, ainda, restrição à realização de prova pericial complexa, além de o rito ser concentrado<sup>12</sup> e só existir a possibilidade de se utilizar do recurso inominado<sup>13</sup> ou dos embargos de declaração<sup>14</sup>.

### O devido processo legal nos juizados especiais é sumaríssimo e oral

Nesse contexto, os incidentes processuais praticamente não são admitidos, com exceção da arguição de suspeição e impedimento do juiz, que são processados em autos apartados e observado o rito do Código de Processo Civil. Todas as demais matérias de defesa devem ser arguidas na contestação (art. 30 da Lei 9.099/95), sendo decididos de plano

todos os incidentes que possam interferir no regular prosseguimento do processo.

Mas não é só. O art. 16 da Lei 9.099/95 dispensa a distribuição e a autuação do pedido inicial, tudo em atenção à simplicidade e à informalidade do sistema dos juizados, sem falar na irrecurribilidade das decisões interlocutórias.

Assim, se o legislador de 2015 visou instituir mais uma exceção ao disposto nos arts. 10, 16, 29 e 30 da Lei dos Juizados, ao prever a aplicabilidade, ao procedimento sumaríssimo, do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do CPC, cabe ao intérprete buscar meios para que a referida exceção seja compatibilizada com as características do sistema.

Desse modo, a desconconsideração nos juizados especiais deve preservar aquilo que moveu o legislador, ou seja, a comunicação prévia e a possibilidade de defesa pelo requerido, mas sem a suspensão do procedimento ou a instauração de um incidente processual.

O art. 5º da Constituição Federal, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, dispõe, no inciso LV, expressamente que,

aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Essa cláusula é, portanto, garantia de índole constitucional, dotada daquilo que a doutrina chama de *eficácia plena*, constituindo-se em vetor indicativo da conduta a ser observada tanto pelo legislador quanto pelo juiz ou por quem tenha poderes decisórios, no plano administrativo, público ou privado<sup>15</sup>.

Por isso, tanto a legislação constitucional quanto a infraconstitucional contêm dispositivos destinados a nivelar o contraditório nos casos em que não há essa igualdade substancial<sup>16</sup>. Assim, se for garantido aos sócios ou diretores (terceiros), nos próprios autos da execução, o exercício do direito de defesa, estará garantida o tratamento isonômico entre as partes, sem a suspensão do processo e a formação do incidente.

No sentido do texto, confira o seguinte julgado:

Desconsideração da personalidade jurídica. Juizado Especial Cível. Formação de incidente em apartado. Incompatibilidade com o procedimento estabelecido pela Lei 9.099/95. Conversão da penhora em arresto. Possibilidade. Os incidentes processuais praticamente não são admitidos no Sistema dos Juizados, com exceção da arguição de suspeição e impedimento do juiz, que são processadas em autos apartados. Todas as demais matérias de defesa devem ser arguidas nos próprios autos, quando não forem dispensadas na forma do art. 16 da Lei 9.099/95 (dispensa a distribuição e autuação do pedido inicial), tudo em atenção à simplicidade e informalidade do Sistema dos Juizados. O rito da desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil deve ser flexibilizado para compatibilizar-se com os princípios reitores da Lei 9.099/95, ou seja, sem a suspensão da execução e sem a instauração de um processo em apartado (incidente), garantindo aos sócios ou diretores (terceiros), nos próprios autos da execução, o exercício do direito de defesa. Penhora que deve ser convertida em arresto (art. 139, IV c/c art. 301, todos do CPC). Procedência parcial do *writ*.

(Mandado de Segurança n. 0001504-46.2016.8.19.9000, 4ª Turma Recursal Cível do Estado do Rio de Janeiro, julgado em 25 de abril de 2017).

Concluindo, a desconsideração da personalidade jurídica só deve ser deferida – ou não – após a intimação das partes, sem a suspensão do processo ou formação de incidente, facultando ao juízo o deferimento das medidas necessárias a garantir a efetividade da execução como, p. ex., o deferimento de arresto<sup>17</sup> ou outras tutelas provisórias de urgência cautelares aplicáveis ao caso concreto<sup>18</sup>, assegurado às partes o contraditório e a ampla defesa, sem a necessidade de se violar os princípios reitores do sistema dos juizados especiais cíveis.

## Notas

1. Alexandre Chini. Pós-graduado em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF (1993), Professor Universitário da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Salgado de Oliveira, Membro do Fórum Permanente de História do Direito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), Coordenador das Turmas Recursais Cíveis, Criminais e Fazendárias do Estado do Rio de Janeiro.
2. Rodolfo Kronenberg Hartmann. Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF-RJ. Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro fundador do ICPC – Instituto Carioca de Processo Civil. Autor do Curso Completo do Novo Processo Civil (4. ed.) e do Novo Código de Processo Civil Comparado e Anotado (2. ed., 3ª tir.). Coautor do livro *Petições & Prática Cível* (1ª ed., 3ª tir.). Professor parceiro no aplicativo “Questão de Ordem” (iOS e Android).
3. Sobre a possibilidade da intervenção do *Amicus Curiae* nos Juizados Especiais Cíveis, confira a decisão proferida pelo eminente desembargador Joaquim Domingos de Almeida Neto, presidente da Comissão Judiciária de Articulação dos Juizados Especiais, no Incidente de Uniformização de Jurisprudência, convolada em Consulta, processo n. 0200248-18.2016.8.19.0001: “A Seccional da Ordem dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro é juridicamente interessada para intervir no processo, não só pela relevância da matéria discutida, bem como pela especificidade do tema objeto da controvérsia, mas, sobretudo, diante da repercussão social que envolve o Enunciado 2.2.5 do AVISO CONJUNTO TJ/COJES n. 15/2016. Pois bem, o *Amicus Curiae*, como modalidade de intervenção de terceiros seria vedado pela Lei 9.099/95 que, em seu art. 10, não admite qualquer forma de intervenção de terceiros nem de assistência. Ocorre que o *Amicus Curiae*, no âmbito dos Juizados Especiais, deve ser admitido como exceção ou mitigação ao art. 10 da Lei 9.099/95, tão somente nas hipóteses

de Uniformização de Jurisprudência, de forma a possibilitar o contraditório influente na tomada de decisão que deve ser construída em conjunto. Dessa forma, a decisão debatida e construída em conjunto é dotada de legitimação perante a sociedade. (MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2015). Portanto, apesar de o Novo Código de Processo Civil não prever textualmente, como fez na hipótese do art. 1.062 do CPC, a intervenção do *Amicus Curiae* no microssistema dos Juizados Especiais, é de suma importância para a legitimação das decisões socialmente relevantes, sua intervenção. Por outro lado, imperioso destacar que a intervenção do *Amicus Curiae* é uma exceção à regra do art. 10 da Lei 9.099/95, uma vez que a finalidade dos Juizados Especiais é a busca da decisão mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum (art. 6º) de maneira célere e simples. Contudo, não seria possível a intervenção do *Amicus Curiae* nos processos pendentes de julgamento nos Juizados ou nas Turmas Recursais, porém a Lei 10.259/01, que dispõe sobre os Juizados Especiais Federais, em seu art. 14, § 7º, possibilita, como exceção à regra do art. 10 da Lei 9.099/95, a intervenção do *Amicus Curiae*. A técnica da analogia, definida no art. 4º da LINDB, deve ser aplicada para suprir a lacuna existente na Lei 9.099/95 sobre a intervenção objeto do presente requerimento. Logo, o art. 14, § 7º da Lei 10.259/2001 permite, de um ponto de vista sistemático, que a requerente atue como Amigo da Corte, nos Juizados Especiais, somente nas hipóteses de Uniformização de Jurisprudência”.

4. (...) “por exemplo, na regra genérica do art. 50 do CC, no art. 28 do Código do Consumidor, no art. 4ª da Lei n. 9.605/1998 em relação ao ressarcimento por danos ao meio ambiente, no art. 34 da Lei n. 12.259/2011 em relação às infrações à ordem econômica ou, ainda, no art. 14 da Lei n. 12.846/2013 em relação à prática de atos ilícitos. Até mesmo a ocorrência de hipóteses como a do art. 2º, § 2º, da CLT ou a dos arts. 134 e 135 do CTN merece ser constatada pelo incidente aqui analisado” (BUENA, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 184.).
5. “O instituto tem como objetivo viabilizar o que a prática forense consagrou com o nome de “redirecionamento da execução”, ou, de forma mais precisa, criar condições para que, ao longo do processo (de forma *incidental*, portanto, daí o nome “incidente”), sejam apuradas as razões pelas quais o direito material autoriza a responsabilização de pessoas naturais por atos praticados por pessoas jurídicas, sujeitando, assim, os bens do sócio aos atos executivos, na forma do inciso VII do art. 790. De acordo com o § 4º do art. 795, ‘para a descon sideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código” (BUENA, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 184.).
6. *Coleção repercussões do novo CPC*, coordenador geral, Fredie Didier Jr., Ed. Juspodivm, p. 89, 2015.
7. Obra citada, p. 92-3.
8. Excepciona-se a regra de suspensão do processo quando o pedido de descon sideração for formulado na petição inicial (art. 134, § 3º).

9. Agravo regimental. Reclamação. Cabimento. Complementação do preparo recursal no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis. Lei 9.099/95. Resolução 12/2009.
1. O Superior Tribunal de Justiça, desde a decisão do STF nos Edcl no RE 571.572-8/BA, Rel. Min. Ellen Gracie, passou a admitir o uso da reclamação para ‘dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a [sua] jurisprudência...’ (art. 1º da Resolução 12/2009, do STJ).
  2. A divergência exigida, nos termos do art. 1º da Resolução n. 12, deve ser verificada em face de jurisprudência consolidada do STJ, hábil a proporcionar ao jurisdicionado confiança de que a legislação federal será interpretada e aplicada em um mesmo sentido. Precedente.
  3. A expressão ‘jurisprudência consolidada’ abrange apenas temas de direito material, excluindo questões processuais, em face da autonomia dos Juizados Especiais para regular o seu procedimento (art. 14, *caput* e § 4º, da LF 10.249/01).
  4. Necessidade, ainda, que a decisão do Juizado Especial Cível tenha contrariado (a) súmula do STJ, (b) decisão proferida em sede de recursos repetitivos ou (c) jurisprudência consolidada desta Corte.
  5. O preparo recursal no âmbito do procedimento dos Juizados Especiais Estaduais (Lei 9.099/95), além de se tratar de questão processual, é regulado por norma especial, não tendo aplicação a jurisprudência desta Corte relativa à regra geral do art. 511, § 2º, do CPC.
  6. Interpretação da questão à luz dos princípios reitores do Sistema dos Juizados Especiais Cíveis.  
Negativa de seguimento à reclamação mantida. Agravo regimental desprovido (AgRg na Rcl 4312/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 25/10/2010).
10. Art. 34 da Lei 9.099/95. As testemunhas, até o máximo de três para cada parte, comparecerão à audiência de instrução e julgamento levadas pela parte que as tenha arrolado, independentemente de intimação, ou mediante esta, se assim for requerido.
11. Art. 357, § 6º, do novo CPC.
12. “Diante dos princípios da celeridade (art. 2º da Lei 9.099/95) e da concentração, que determinam a solução de todos os incidentes no curso da audiência ou na própria sentença (art. 29), a quase totalidade da doutrina sustenta a irrecorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do processo. Como decorrência, tais decisões não transitam em julgado e poderão ser impugnadas no próprio recurso interposto contra a sentença, sendo por isso incabível o agravo de instrumento” (Sinopses Jurídicas, Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais e Estaduais, Marisa Ferreira dos Santos, Ricardo Cunha Chimenti, Editora Saraiva, 10. ed., 2012, p. 31).
13. Art. 41 da Lei 9.099/95. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio juizado.

14. Art. 48 da Lei 9.099/95. Caberão embargos de declaração quando, na sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida.
15. Para Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o princípio do contraditório “também indica garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo” (*Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 79). No mesmo sentido, Leonardo Carneiro da Cunha sustenta que “o princípio do contraditório constitui uma necessidade inerente ao procedimento, ostentando a natureza de direito inviolável em todos os seus estágios e graus, como condição de paridade entre as partes. Um procedimento em que não se assegure o contraditório não é um procedimento jurisdicional; poderá ser uma sequência de atos, mas não um procedimento jurisdicional, nem mesmo um processo” (*A atendibilidade dos fatos supervenientes no Processo Civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 59). Ainda, no entender de Fredie Didie Jr., “o princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder” (*Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 1, p. 81).
16. Nesse passo, oportuno a lição de *Luiz Rodrigues Wambier*: “Em suma, contraditório quer dizer que há, para os envolvidos no processo judicial ou administrativo, direito a dialogar com quem vá decidir, com o objetivo de efetivamente influir na construção do processo mental de tomada da decisão. E esse diálogo compreende também o dever de ciência e o correspondente direito de reação, tanto no que diz respeito ao pedido inicial quanto no que se refere aos atos do procedimento que ocorram em seguida. Além do dever de dar ao réu ciência da existência da ação contra si ajuizada, deve-se dar ciência de todos os atos processuais que se seguirem a todos os envolvidos no processo, i.e., partes, assistentes simples e litisconsorcial, Ministério Público etc., concedendo-lhes a oportunidade de manifestação e de produção de prova e de contraprova.”
17. Na forma do art. 139, IV, c/c art. 301, todos do Código de Processo Civil, a penhora deferida em arresto.
18. “é viável, sistematicamente, a concessão de tutela provisória fundamentada em *urgência* (art. 300) que signifique, por exemplo, a indisponibilidade de bens do citando – inclusive por meio eletrônico (art. 854) – com vistas à satisfação futura do direito a ser reconhecido naquele incidente” (BUENA, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 185).

## Referências

BORRING ROCHA, Felipe. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Teoria e prática*. 9. ed. Atlas, 2017.

BUENA, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. Atlas, 2016.

CHINI, Alexandre; FLEXA, Alexandre. A Tutela de Urgência em Caráter Antecedente no Sistema dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, *Revista Direito em Movimento*, volume 25, p. 15, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, volume I, 18. ed. Juspodivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. “A corte dos homens pobres e a principiologia do CPC/2015: O que serve ou não aos juizados especiais? In: *Juizados Especiais*. Coleção Repercussões do Novo CPC. Coordenadores, Bruno Garcia Redondo, Welder Queiroz dos Santos, Augusto Vinícius Fonseca e Silva, Leandro Carlos Pereira Valladares. Salvador: Juspodivm, out. 2015.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso completo do novo processo civil*. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHRT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. Revistas dos Tribunais.

SABINO, Aldo. *Reflexos do Novo CPC nos Juizados Especiais Cíveis*, volume VI, 2. ed. Goiânia, outubro de 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano, APRIGLIANO; Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. *Código de Processo Civil Anotado*, editora GZ, 2016.

# A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO EM FACE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELAS TURMAS RECURSAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

ALEXANDRE CHINI<sup>1</sup>

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ

FELIPPE BORRING ROCHA<sup>2</sup>

Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e  
Direito da Universidade Federal Fluminense – PPGSD/UFF

## **RESUMO**

*Este trabalho busca fazer uma análise da controvérsia jurídica existente acerca da competência para o julgamento das reclamações por violação jurisprudencial (art. 988, II, III e IV, do Código de Processo Civil brasileiro) impetradas em face de decisão proferida pelas turmas recursais dos juizados especiais cíveis (Lei 9.099/95), decorrente da antinomia existente entre a determinação expressa na Resolução 03/2016 do Superior Tribunal de Justiça e as regras constitucionais e legais. O objetivo do estudo é tentar construir uma reflexão sobre a questão e indicar qual seria o melhor caminho a ser seguido, com vistas à promoção do acesso à justiça dentro do sistema dos juizados especiais.*

## 1. Introdução

Entre os meios típicos de impugnação das decisões judiciais, a reclamação sempre foi tratada no Brasil como um remédio “menor”, sem uma natureza jurídica muito clara ou um regulamento geral e sistemático. Esse quadro, no entanto, começou a mudar com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – CF, que previu que a reclamação seria o instrumento adequado para a preservação da competência e da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal – STF (art. 102, I, l) e do Superior Tribunal de Justiça – STJ (art. 105, I, f). Posteriormente, este mesmo mecanismo foi estendido para o controle da aplicação das súmulas vinculantes (art. 103-A, § 3º, introduzido pela EC 45/2008) e para a observância da competência e da autoridade das decisões do Tribunal Superior do Trabalho (art. 111-A, § 3º, introduzido pela EC 92/2016).

Desse modo, a importância da reclamação no sistema de controle dos atos judiciais foi se avolumando, assim como sua participação nas pautas dos tribunais superiores. Apenas para exemplificar, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em 2008, dentre os 283.291 procedimentos em curso no STJ, apenas 128 eram reclamações. Em 2015, dos 373.534 procedimentos presentes em seu acervo ativo, o número de reclamações no STJ havia pulado para 6.352<sup>3</sup>. Não por outro motivo, o novo Código de Processo Civil – CPC dedicou um capítulo inteiro ao tema (capítulo IX do título I do livro III da parte especial – arts. 988 a 993), visando não apenas unificar o instituto, mas também promovendo a sua sistematização, realçando o seu papel de garantidor da competência e da autoridade das decisões dos tribunais.

Dentre as regras presentes no CPC, merece destaque aquela que estabelece que a competência para julgamento da reclamação é do “órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir” (art. 988, § 1º). Apesar disso, logo após a entrada em vigor do novo código, no dia 7 de abril de 2016, o STJ editou a Resolução 3, que determinou que caberia às câmaras reunidas ou à seção especializada dos tribunais de justiça a competência para processar e julgar as reclamações destinadas a dirimir divergência entre

acórdão prolatado por turma recursal estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do STJ (art. 1º)<sup>4</sup>.

O objetivo deste texto, portanto, é analisar a questão da competência para julgamento das reclamações por violação da jurisprudência do STJ interpostas em face das decisões proferidas pelas turmas recursais cíveis e indicar qual seria o melhor caminho a ser seguido, com vistas à promoção do acesso à justiça e à luz das diretrizes presentes na CF, no CPC e no sistema dos juizados especiais.

## 2. Algumas considerações iniciais

Apesar do parágrafo único do art. 1º da Lei 12.153/09, que trata do juizado fazendário, colocar a questão de maneira restritiva<sup>5</sup>, a moderna doutrina aponta que o sistema dos juizados especiais seria formado pela visão integrativa não apenas da Lei 9.099/1995 (juizados estaduais) e da Lei 12.153/09, mas também da Lei 10.259/01 (juizados federais). Esse sistema seria pautado por um diálogo constante entre os três diplomas, que formaria um estatuto comum<sup>6</sup>. Não obstante, o entendimento predominante tem sido no sentido de que cada um dos modelos integrantes do sistema dos juizados deve se submeter às regras específicas dos procedimentos previstos nas suas respectivas legislações, sobretudo no que toca à forma de uniformização da jurisprudência das turmas recursais, tanto internamente como em relação à jurisprudência dos tribunais superiores.

Nesse ponto, é necessário sublinhar que a Lei 9.099/95 não definiu qualquer mecanismo de revisão das decisões das turmas recursais<sup>7</sup>, nem de uniformização de jurisprudência<sup>8</sup> ou adequação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Exatamente por isso, Fábio Lima Quintas e Luciano Corrêa Gomes<sup>9</sup> anotaram:

É certo que a Lei n. 9.099/1995 não estabelece mecanismo de controle externo das decisões dos Juizados Especiais. (...). Essa posição não foi repetida na lei que instituiu os Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/2001). Com efeito, talvez por conta da experiência adquirida com o tempo, talvez por envolver interesses do Estado, essa lei previu mecanismos de controle das

decisões proferidas pelos Juizados Especiais Federais. No âmbito federal, a Lei n. 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão proferida pela turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização (art. 14). Semelhante sistemática foi também instituída no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, por intermédio da Lei n. 12.153/2009, que previu mecanismos para uniformização de jurisprudência e previu a possibilidade de acesso ao STJ quando as decisões proferidas por Turmas de diferentes Estados contrariarem súmula do STJ ou derem à lei interpretações divergentes.

Por certo, a falta dos mecanismos de uniformização presentes nos juizados federais e fazendários dificulta sobremaneira o controle das divergências existentes entre as turmas recursais dos estados, bem como a observância da jurisprudência e das súmulas do Superior Tribunal de Justiça, criando uma *“lacuna no sistema recursal brasileiro”*<sup>10</sup>.

### **3. A Resolução 12/2009 do STJ**

Na sessão do dia 26 de agosto de 2009, o pleno do STF, conduzido pela ministra Ellen Gracie, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 571.572/BA, proferiu uma decisão que reconheceu a perplexidade causada pelo fato de o STJ não exercer controle sobre a interpretação da lei federal no âmbito dos juizados especiais (Súmula 203 do STJ), especialmente após a edição da Lei 10.259/01, que instituiu os juizados especiais federais, prevendo o pedido de uniformização da jurisprudência para aquela corte (art. 14). Assim, o pleno do STF determinou que, enquanto não fosse criada a turma de uniformização para os juizados especiais estaduais (medida perseguida, dentre outros, pelo Projeto de Lei da Câmara 16/2007), o STJ teria competência para julgar as reclamações propostas em face das decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais cíveis, quando elas violassem a jurisprudência consolidada sobre a interpretação da lei federal existente naquela corte. Veja-se a ementa dessa decisão:

Embargos de declaração. Recurso extraordinário. Ausência de omissão no acórdão embargado. Jurisprudência do superior tribunal de justiça. Aplicação às controvérsias submetidas aos juizados especiais estaduais. Reclamação para o superior tribunal de justiça. Cabimento excepcional enquanto não criado, por lei federal, o órgão uniformizador. 1. No julgamento do recurso extraordinário interposto pela embargante, o Plenário desta Suprema Corte apreciou satisfatoriamente os pontos por ela questionados, tendo concluído: que constitui questão infraconstitucional a discriminação dos pulsos telefônicos excedentes nas contas telefônicas; que compete à Justiça Estadual a sua apreciação; e que é possível o julgamento da referida matéria no âmbito dos juizados em virtude da ausência de complexidade probatória. Não há, assim, qualquer omissão a ser sanada. 2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais. 3. No âmbito federal, a Lei 10.259/01 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização. 4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la. 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da CF, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional.

Assim, apesar de muitas resistências por parte dos ministros, a reclamação contra decisão de turma recursal estadual foi regulada, no STJ, pela Resolução 12/2009. Desse modo, o STJ definiu que a reclamação seria cabível para dirimir divergência sobre direito material<sup>11</sup> entre acórdão<sup>12</sup> prolatado por turma recursal estadual e a sua jurisprudência, consagrada em suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais repetitivos. Essa resolução vigiu até ser revogada, em 16 de março de 2016, pela Corte Especial do STJ, através da Emenda Regimental 22/2016, abrindo espaço para a edição da Resolução 3/2016.

#### **4. A origem da Resolução 3/2016**

A Resolução 3/2016 foi editada a partir de entendimento firmado pela Corte Especial do STJ, em decorrência da questão de ordem suscitada em 3 de fevereiro de 2016 pelo ministro Luis Felipe Salomão no julgamento do agravo regimental interposto na Reclamação 18.506/SP, relatado pelo ministro Raul Araújo.

Na sessão do dia 3 de fevereiro de 2016, o ministro Salomão suscitou a nulidade da Resolução 12/2009, por conseguinte sustentando sua inaplicabilidade a partir daquela data, “*ressalvando os atos que já foram praticados com base nela, não mais se admitindo nesta Corte as reclamações oriundas do sistema de Juizados Especiais*”. Em seguida, pediu vista o ministro Felix Fischer. Na sessão de 2 de março de 2016, o ministro Fischer acompanhou o voto do ministro Salomão, mas o julgamento foi novamente interrompido, pelo pedido de vista da ministra Fátima Nancy Andrichi.

Poucos dias depois, em 16 de março de 2016, a própria Corte Especial do STJ aprovou a Emenda Regimental 22, que, entre outras providências, revogou a Resolução 12/2009, que tratava das reclamações impetradas para dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência do STJ. Assim, na sessão do dia 6 de abril de 2016, a ministra Nancy Andrichi expôs seu voto, julgando prejudicado o agravo regimental<sup>13</sup> e apresentando uma proposta de edição de uma nova resolução para tratar especificamente da competência para processamento e julgamento das referidas reclamações.

A proposta de resolução apresentada pela ministra Andri ghi previa a delegação da competência ao órgão especial ou ao órgão correspondente dos tribunais de justiça, para processamento e julgamento das reclamações oriundas das turmas recursais. Nas palavras do relator, o ministro Araújo:

Seguiu-se profícuo e enriquecedor debate acerca dos termos da resolução proposta, tendo a Corte chegado a um consenso sobre a questão, do qual decorreu a retificação de voto do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão e deste Ministro Relator, decidindo esta eg. Corte Especial, por unanimidade, em questão de ordem, aprovar a proposta de resolução sobre a delegação da competência às Câmaras Reunidas ou Seção Especializada dos Tribunais de Justiça, para processamento e julgamento, em caráter excepcional, até a criação das Turmas de Uniformização, de Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte.

Destarte, foi encerrado o julgamento do agravo regimental interposto em face da Reclamação 18.506/SP, que restou assim ementado:

Agravo regimental. Reclamação. Juizados especiais. Resolução n. 12/2009-STJ. Incidente de inconstitucionalidade. Prejudicado. Posterior advento da emenda regimental 22/2016-STJ revogando a resolução n. 12/2009-STJ. Deliberação de edição de nova resolução sobre a competência para dirimir divergências entre turma regional estadual e a jurisprudência desta corte. Agravo prejudicado. 1. Com o advento da Emenda Regimental n. 22-STJ, de 16/03/2016, ficou revogada a Resolução n. 12/2009-STJ, que dispunha sobre o processamento, no Superior Tribunal de Justiça, das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte. 2. Com isso, fica prejudicado o incidente de inconstitucionalidade que ataca a Resolução n. 12/2009-STJ. 3. A matéria passará a ser tratada por nova resolução, editada à luz do novo Código de Processo Civil, nos termos debatidos pela Corte Especial. 4. Agravo regimental prejudicado.

Em seguida, a Resolução 3/2016 foi editada, prevendo aquilo que fora proposto pela ministra Andriahi, ou seja, que a competência para julgar as reclamações oriundas das turmas recursais dos juizados especiais seria do tribunal de justiça correspondente, valendo destacar:

Art. 1º. Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes.

## **5. A antinomia existente entre a Resolução 6/2016 do STJ e o ordenamento jurídico**

Durante o período de *vacatio legis* do novo CPC, a doutrina começou a construir o entendimento de que diversos aspectos da Resolução 12/2009 do STJ seriam invalidados e que a disciplina da reclamação impetrada contra as turmas recursais passaria a ser feita pelo seu art. 988<sup>14</sup>. Uma questão, entretanto, se manteria inalterada: a competência para julgar essas reclamações permaneceria no STJ, pois tanto a Resolução 12/2009 como o art. 988, § 1º, do CPC apontavam nesta mesma direção.

Não obstante, como visto, antes mesmo do debate ser aprofundado, o próprio STJ revogou a Resolução 12/2009 (art. 4º da Emenda Regimental 22/2016) e editou a Resolução 3/2016, que deslocou para as seções especializadas ou câmaras reunidas dos tribunais de justiça a competência para julgar as reclamações oriundas das turmas recursais. Diz a referida resolução:

Art. 1º. Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão

prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes.

No plano formal, é preciso considerar que a regra citada contém não propriamente uma determinação de organização judiciária, o que estaria entre as atribuições do STJ (art. 96, I, a, da CF), mas uma definição da competência judicial, matéria eminentemente processual e de regulamentação privativa do Congresso Nacional (art. 22, I, da CF). Além disso, a regra disciplina o tema de forma diferente daquela prevista na lei federal (CPC). *In verbis*:

Art. 988. (...)

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

Portanto, num primeiro momento, a Resolução 3/2016 parece ser simultaneamente inconstitucional (por vício formal de competência legislativa – art. 22, I, da CF) e ilegal (por contrariar as regras previstas no CPC – art. 988, § 1º).

## **6. Os impactos da revogação da Resolução 12/2009 e da edição da Resolução 3/2016**

Em decorrência de suas peculiaridades, o legislador optou por dar uma sistemática recursal diferenciada aos órgãos do sistema dos juizados especiais. Os recursos em face das sentenças proferidas pelo juiz do juizado serão julgados pela turma recursal e não pelo tribunal de justiça. A turma recursal compõe-se de um colegiado formado por três juízes de primeira instância e está instalada na estrutura dos juizados especiais. As decisões monocráticas proferidas pelos relatores (art. 932 do CPC) desafiam agravo interno<sup>15</sup> e as decisões colegiadas

abrem caminho para a interposição de embargos de declaração<sup>16</sup> e recurso extraordinário<sup>17</sup>, não sendo cabível a interposição de recurso especial<sup>18</sup>. A impossibilidade, no caso, decorre da previsão exclusiva do art. 105, III, da CF, a qual atribui ao STJ a competência para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais dos estados, do Distrito Federal e Territórios, quanto à decisão recorrida. Por outro lado, o recurso extraordinário é cabível contra causas decididas em única ou última instância por qualquer órgão jurisdicional (art. 102, II, da CF).

Por outro lado, o acesso ao STJ está expressamente garantido nos juizados federais e nos juizados fazendários. De fato, a Lei do Juizado Especial Federal (Lei 10.259/01) prevê que a parte poderá formular pedido de uniformização de jurisprudência para a turma regional de uniformização – TRU ou para a turma nacional de uniformização – TNU (art. 14). A Lei dos Juizados da Fazenda Pública também adotou a possibilidade de pedido

Não se sabe qual o juízo competente para julgamento das reclamações referentes à divergência entre a decisão da turma recursal e a jurisprudência do STJ

de uniformização de jurisprudência quando as turmas de diferentes estados derem à lei federal interpretações divergentes ou a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do STJ (arts. 18 e 19). Em ambos os casos, quando a orientação acolhida pelas turmas de uniformização contrariar a jurisprudência do STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

Na seara dos juizados especiais estaduais, entretanto, como a Lei 9.099/95 não previu uma forma de fazer prevalecer a jurisprudência adotada pelo STJ, era a Resolução 12/2009 que possibilitava à parte ajuizar reclamação no STJ contra a decisão de turma recursal quando esta afrontasse a sua jurisprudência. A revogação dessa resolução pela Emenda Regimental 22/2016, portanto, recriou a lacuna que existia nos juizados estaduais antes de 2009, com o agravante de que, agora, os dois outros modelos de juizados especiais integrantes do sistema tinham mecanismos próprios de acesso ao STJ.

Essa lacuna, por sua vez, não foi suprida pela edição da Resolução 3/2016, que manteve a inacessibilidade do STJ ao prever que a competência para processar e julgar as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal e a jurisprudência do STJ seria dos próprios tribunais de justiça dos estados e do Distrito Federal.

Além disso, diante das questões apontadas, alguns tribunais já estão declinando da competência das reclamações que lhes são dirigidas, com fulcro na Resolução 3/2016, ou suscitando conflito negativo de competência para o STF daquelas reclamações declinadas pelo STJ. Neste sentido, veja-se o seguinte aresto:

Direito processual civil. Direito constitucional. Reclamação contra decisão de Turma Recursal por divergir de decisão proferida pelo STJ em sede de recurso especial repetitivo. Decisão do STJ declinando da competência para este Tribunal de Justiça, por força da Resolução n. 3/2016 daquele Tribunal Superior. Impossibilidade de ampliação da competência de Tribunal de Justiça por ato normativo infraconstitucional. Disposição contida na Constituição da República estabelecendo que as competências dos Tribunais de Justiça dos Estados devem ser estabelecidas pelas Constituições Estaduais. Expressa previsão, no CPC/2015, do cabimento de reclamação contra decisão que contraria tese firmada em REsp repetitivo, atribuindo ao STJ a competência para dela conhecer. Conflito de competência que se suscita, a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (TJRJ – 2ª Seção Cível – Rcl 0048611-23.2016.8.19.0000- Rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, j. em 24/11/2016).

De sorte que o quadro atual é de absoluta incerteza, pois não se sabe qual o juízo competente para julgamento das reclamações referentes à divergência entre a decisão da turma recursal e a jurisprudência do STJ.

## 7. Considerações finais

De todo o exposto, conclui-se que o STJ não poderia ter delegado aos tribunais de justiça, por resolução, sua competência para analisar por meio de reclamação se a decisão da turma recursal afrontou ou não sua jurisprudência. De fato, a Resolução 3/16 não apenas desconsidera a determinação oriunda do STF (ED Rext 571.572/BA), como também viola a competência legislativa constitucional para legislar sobre direito processual (art. 22, I, da CF) e o art. 988, § 1º, do CPC, que regula a competência para julgamento da reclamação.

Assim, apesar da citada resolução, parece correto afirmar que as reclamações referentes à inobservância pelos órgãos dos juizados especiais das teses jurídicas consagradas pelo STJ deverão ser julgados neste tribunal, como já ocorria durante a vigência da Resolução 12/2009, mas agora sob o regulamento do CPC (arts. 988 a 993).

Nesse sentido, é necessário sublinhar que o julgamento da reclamação oriunda dos juizados especiais não pode ter a sua competência delegada, uma vez que ela representa um instrumento fundamental para a preservação da eficácia e da autoridade das decisões proferidas pelo STJ, que é o guardião da lei federal no país. Esse papel não é de um tribunal estadual ou distrital. E, ainda que fosse, restaria indagar: caso a decisão proferida pelo tribunal de justiça ofendesse a jurisprudência do STJ, caberia reclamação da reclamação?

Por fim, é preciso reconhecer que a melhor maneira de resolver a questão, em caráter definitivo, seria promover uma alteração na Lei 9.099/95 para introduzir um incidente de uniformização da jurisprudência nos juizados especiais estaduais, aos moldes do que já existe nos juizados federais e nos juizados fazendários, para preservar a uniformidade da jurisprudência entre as turmas recursais estaduais e entre estas e a jurisprudência do STJ na interpretação da legislação infraconstitucional.

### Notas

1. Alexandre Chini. Pós-Graduado em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF (1993). Professor da Graduação e da Pós-Graduação da Universidade Salgado de Oliveira. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ. Membro da Comissão Judiciária de Articulação dos Juizados Especiais

- COJES e integrante da 4ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça Rio de Janeiro – TJRJ.
2. Felipe Borring Rocha. Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense – PPGSD/UFF. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA (2001). Professor de cursos de graduação e pós-graduação em Direito e cursos preparatórios para concursos públicos. Articulista, palestrante e autor, dentre outros, dos livros *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais: Teoria e Prática*, *Sistema dos Juizados Especiais*, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais e Federais* e *Juizados Especiais Cíveis: Novos Desafios*. Membro do IAB e do IBDP. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.
  3. Dados obtidos junto ao site do CNJ ([http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/relatorios](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios)), onde estão expostos os relatórios das pesquisas realizadas sobre o Poder Judiciário brasileiro, desde 2004, reunidos em cadernos chamados *Justiça em Números*.
  4. O TJRJ editou o Aviso Conjunto n. 08/2016, tratando da distribuição de reclamação destinada a dirimir divergência entre acórdão prolatado pelas turmas recursais e a jurisprudência do STJ, dispondo que ficaria “*determinado, em caráter excepcional e até que se estructure eventual órgão competente (Turmas de Uniformização) ao novo encargo, que a distribuição será feita às Seções Cíveis, em caráter precário, por serem os órgãos similares aos noticiados na Resolução STJ/GP n. 03 de 07 de abril de 2016, publicada em 08 de abril de 2016*”.
  5. Art. 1º, parágrafo único, da Lei 12.153/2009: “*O sistema dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal é formado pelos Juizados Especiais Cíveis, Juizados Especiais Criminais e Juizados Especiais da Fazenda Pública*”.
  6. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica*. 6. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3; ROCHA, Felipe Borring. *Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática*. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 19.
  7. A Lei 9.099/1995 previa, no seu art. 47, um recurso de divergência dirigido ao tribunal de justiça. Esse artigo, no entanto, foi vetado, para evitar que as causas processadas perante os juizados especiais pudessem desembocar na justiça ordinária.
  8. O Regimento Interno das Turmas Recursais do Rio de Janeiro (Resolução 05/2013 do TJRJ) prevê em seu art. 41 a criação de uma turma de uniformização, destinada a dirimir divergência entre decisões proferidas por turmas recursais, que será presidida pelo Desembargador Presidente da COJES e composta pelos integrantes das turmas recursais da competência onde foi verificada a divergência de julgados e pelo juiz coordenador das turmas recursais.
  9. A jurisdição do Superior Tribunal de Justiça sobre os Juizados Especiais Cíveis: antecedentes, perspectivas e o controle por meio da reclamação. In: *Revista de Processo*, ano 36, vol. 196. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 440.

10. CAMBI, Eduardo; MINGATI, Vinícius Secafen. Nova hipótese de cabimento da reclamação, protagonismo judiciário e segurança jurídica. In: *Revista de Processo*, ano 36, vol. 196. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 303.
11. Nesse sentido, veja-se: “A expressão ‘jurisprudência consolidada’ engloba apenas questões de direito material, excluindo questões processuais” (STJ – 2ª Seção – AgRg na Rcl 6034/SP – Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 29/02/12).
12. Por certo, não cabe reclamação em face de decisão monocrática do relator. Nesse sentido, veja-se: “O art. 1º da Resolução 12, de 14 de dezembro de 2009, prevê que a reclamação por ela regulamentada destina-se a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e a jurisprudência desta Corte. Incabível em face de decisão monocrática do relator” (STJ – 2ª Seção – AgRg na Rcl 5598/TO – Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 25/05/11).
13. Por certo, como a reclamação sob julgamento foi proposta sob a vigência da Resolução 12/2009, não poderia o agravo regimental ter sido considerado prejudicado pela superveniência da revogação operada pela Emenda Regimental 22/2016. A própria Resolução 3/2016 diz isso, expressamente, no seu art. 4º. Esse recurso, portanto, foi indevidamente fulminado.
14. Nesse sentido, veja-se o artigo de CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. *Novo CPC: Reclamação contra decisões em Juizados Especiais Cíveis*. Revogação da Resolução 12/2009-STJ. Aliás, atualmente, o entendimento é que o novo CPC revogou as regras tratando da reclamação no STJ, previstas nos arts. 13 a 18 da Lei 8.038/1990 (Lei dos Recursos Extraordinário e Especial).
15. Enunciado 102 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE: “O relator, nas Turmas Recursais Cíveis, em decisão monocrática, poderá negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em desacordo com Súmula ou jurisprudência dominante das Turmas Recursais ou da Turma de Uniformização ou ainda de Tribunal Superior, cabendo recurso interno para a Turma Recursal, no prazo de cinco dias” e Enunciado 103 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE: “O relator, nas Turmas Recursais Cíveis, em decisão monocrática, poderá dar provimento a recurso se a decisão estiver em manifesto confronto com Súmula do Tribunal Superior ou jurisprudência dominante do próprio juizado, cabendo recurso interno para a Turma Recursal, no prazo de 5 dias”.
16. Enunciado 63 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE: “Contra decisões das Turmas Recursais são cabíveis somente os embargos declaratórios e o Recurso Extraordinário”.
17. Súmula 640 do STF: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal”.
18. Súmula 203 do STJ: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”.

## Referências

- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica*. 6. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CAMBI, Eduardo; MINGATI, Vinícius Secafen. Nova hipótese de cabimento da reclamação, protagonismo judiciário e segurança jurídica. In: *Revista de Processo*, ano 36, vol. 196. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 295/314.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. *Novo CPC: Reclamação contra decisões em Juizados Especiais Cíveis*. Revogação da Resolução 12/2009-STJ. Disponível em <https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinio/opinio-61-novo-cpc-reclamacao-contradecisoes-em-juizados-especiais-civeis-revogacao-da-resolucao-122009-stj/>. Acessado em 05/09/2017.
- QUINTAS, Fábio Lima Quintas; GOMES, Luciano Corrêa. A jurisdição do Superior Tribunal de Justiça sobre os Juizados Especiais Cíveis: antecedentes, perspectivas e o controle por meio da reclamação. In: *Revista de Processo*, ano 36, vol. 196. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 433/459.
- ROCHA, Felipe Borring. *Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

# A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA DO CONSUMIDOR FACE O DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO SAUDÁVEL

CATHERINE SANTA CRUZ JEREISSATI<sup>1</sup>

Advogada. Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela  
Fundação Getúlio Vargas

MARIO QUESADO DE MIRANDA BEZERRA<sup>2</sup>

Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela  
Faculdade Evolutivo

## **RESUMO**

*O presente artigo terá como foco a efetividade das políticas públicas de segurança alimentar, o princípio da dignidade humana e o direito do consumidor, bem como suas implicações, notadamente relacionadas ao direito fundamental a uma alimentação adequada. Por fim, far-se-á uma análise da importância do direito à alimentação saudável e livre de uma quantidade excessiva de produtos químicos, para a proteção de direitos fundamentais e consumeristas, destacando-se que o direito à informação, rastreamento, rotulagem e liberdade de escolha deverão ser respeitados. O objetivo é realizar uma pesquisa explicativa e descritiva, por meio de análise bibliográfica.*

## 1. Introdução

**E**m conformidade com a Constituição Federal de 1988, integra-se o direito à alimentação adequada, segura e saudável ao direito a não sofrer com a fome, sendo este um direito fundamental. Buscar-se-á esclarecer a importância da informação perante o direito do consumidor, com base no direito fundamental da dignidade da pessoa humana, garantido pela Constituição, como no direito à alimentação, saúde e segurança, levando em consideração que o direito de escolha é exercício de liberdade, de autonomia, de discernimento, de capacidade e responsabilidade do cidadão que exerce ainda sua dignidade ao saber o que consome. Analisar-se-á, ainda, a segurança alimentar a partir da sua compreensão e das suas relações com a dignidade humana e os direitos do consumidor.

Considerando a dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional, bem como a saúde e segurança como direitos e garantias fundamentais do cidadão, a questão ganha relevância, pois a falta de estudos conclusivos a respeito do uso de alimentos geneticamente modificados, com excesso de agrotóxicos ou substâncias químicas afronta o disposto em nossa Constituição.

A motivação desta pesquisa é a necessidade da correta informação fornecida para o consumidor a respeito dos produtos que este consome, com intuito de resguardar seu direito fundamental de acesso seguro aos bens necessários à sua subsistência e o respeito à sua dignidade.

Para tanto, é necessário examinar, sob a esfera do direito do consumidor, o direito à informação, rotulagem, rastreabilidade, qualidade e segurança dos alimentos, identificando critérios que possam servir de baliza para decisões que envolvam conflito entre as políticas de segurança alimentar e o direito do consumidor e a liberdade de iniciativa, ponderando riscos e benefícios.

É importante ressaltar quão essencial é a rastreabilidade, que por ser um mecanismo apto a identificar a origem do produto desde a sementeira até o consumidor, podendo ter sido, ou não, transformado ou processado, traz um aglomerado de medidas capazes de controlar e monitorar todas as etapas percorridas pelo alimento, com o objetivo principal de garantir a qualidade, origem e composição.

A segurança alimentar vem se tornando conhecido objeto de estudo de ciências como a política, saúde, antropologia, sociologia e direito, trazendo discussões e questionamentos acerca da saúde, da escassez alimentar, das alergias e das descobertas das curas por meio dos alimentos. Nota-se que, no momento da realização desta pesquisa, é crescente a busca por alimentação saudável, cada vez mais livre de produtos químicos, menos agressivos e com menos processos industriais<sup>3</sup>. Destarte, a cultura alimentar vem se alterando, mas a indústria alimentícia ainda continua a utilizar os mesmos moldes de

Os consumidores já entendem que podem e devem exigir informações com o objetivo de proteger sua saúde

vendas, composições e principalmente querendo vender os mesmos produtos que já são boicotados pelos consumidores em vários países do mundo como Estados Unidos, Canadá e nações da União Europeia.

Ademais, o consumidor tem a necessidade e o desejo de saber exatamente o que ingere, nas exatas proporções, na devida qualidade e a real composição, o que tem, de certa forma, dificultado algumas manobras de convencimento da indústria alimentícia, que já não são mais aceitas com tanta facilidade pelos consumidores.

Os consumidores já entendem que podem e devem exigir informações com o objetivo de proteger sua saúde, para que possam evitar alergias, alimentos com altos índices de sal, açúcar, gorduras ou, até mesmo, por opção, e têm o mesmo direito que o fornecedor possui de ter acesso a todas as informações sobre o produto ou serviço, a máxima informação que pode ser oferecida.

Vale ainda ressaltar que legislação brasileira vigente trata da rastreabilidade e da rotulagem dos alimentos geneticamente modificados e aditivos químicos, porém as informações que constam nos rótulos dos produtos são incompletas ou até omissas, vez que não alertam o consumidor sobre os possíveis riscos resultantes do consumo, ou até mesmo sobre a existência de pesquisas ainda não concluídas acerca de tais riscos à saúde.

## 2. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

Com o intuito de proteger o direito humano à alimentação inerente à dignidade da pessoa humana, a Lei 11.346/06 criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, no qual destaca a magnitude da aplicabilidade do princípio da dignidade humana, em face da necessidade de informação adequada, saúde, garantia à segurança, monitoramento e fiscalização dos alimentos. O artigo 5º da lei acima citada diz que “a consecução do direito humano à alimentação adequada e da segurança alimentar e nutricional requer o respeito à soberania, que confere aos países a primazia de suas decisões sobre a produção e o consumo de alimentos”.

Seguindo a mesma vertente, no artigo 6º da Constituição Federal, há menção da alimentação como direito social, o que representa a expressão objetiva e exterior da dignidade humana. Esta serve como regra inspiradora da ética e do respeito perante o ser humano e perante uns aos outros; é ainda o meio instrumental pelo qual se exerce a titularidade do direito constitucional de proteção do Estado quanto à saúde, segurança e informação, pilares essenciais para uma vida digna e justa.

Diante disso, Perlingieri (2002) descreve: “É preciso prever técnicas, regulamentos e controle para que a informação de per si útil, seja respeitosa da dignidade da pessoa e realmente pluralista”. Assim, tem-se destacado ainda mais a necessidade do respeito à vida e à saúde humana.

O Código de Defesa do Consumidor assegura também o direito à informação clara, segura e precisa sobre o produto ou serviço que se pretende adquirir<sup>4</sup>. A lei exige que o consumidor esteja resguardado de informações e elementos suficientes para exercer seu direito de escolha, para decidir livremente sobre o consumo ou não dos alimentos e bebidas, bem como aprovisionar elementos que permitam a comparação e fundamento da sua escolha. Assim, o comprador só pode exercer seu direito de escolha se a informação for verdadeira, adequada e eficiente. No mesmo sentido, enfatiza Perlingier<sup>1</sup> (2002): “A informação como serviço postula a informação como bem”.

A legislação enfatiza ainda o dever do produtor ou fornecedor de alimentos de informar quanto aos perigos, variações, alterações e riscos previsíveis de seus produtos. Para tanto, faz-se necessário uso da rotulagem e do rastreamento dos alimentos, medidas que foram por muito tempo ignoradas, mesmo que determinadas pela legislação. Entretanto, a inexistência, invalidade e ineficiência das políticas públicas de segurança alimentar impossibilitam o exercício deste direito fundamental.

É indigno expor a população de tal forma, utilizando-se do povo brasileiro como cobaia, permitindo que o consumidor pague pelo próprio envenenamento. A dignidade humana é ignorada quando o homem é usado como meio para a finalidade de pesquisas, testes e promoções de alimentos.

Vivencia-se uma realidade verdadeiramente comprometedora da dignidade das pessoas, uma vez que se tem um mercado desumanizado, dominado pelas grandes indústrias que visam exclusivamente o lucro, sem se preocupar com os impactos na saúde e no meio ambiente.

O homem passou a ser visto como fonte de obtenção de rendimento e assim nada mais importa. Visa-se apenas o lucro, o crescimento e manutenção dos grandes conglomerados de indústrias alimentícias.

Segundo Sarlet (2007), todos os direitos fundamentais contemplados na Constituição Federal de 1988 encontram sua vertente no princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que é a norma fundamental voltada a garantir faculdades jurídicas necessárias à existência decente do ser humano; é o mínimo existencial, o que garante o necessário para se ter uma existência digna.

Na mesma esteira, Nunes (2017) fortalece a necessidade de proteção à vida, à saúde e à segurança, como direitos que estão unidos ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme elenca o *caput* do artigo 4º, ao descrever um rol extenso de condições morais e materiais de direito do consumidor.

Em relação às políticas públicas, observa-se que não se consegue efetivamente proteger o consumidor quanto à ingestão e informação sobre os alimentos, expondo, desta forma, o consumidor a grandes e até irreversíveis riscos, como para gestantes, crianças, lactantes e portadores de patologias graves que não podem consumir determinados

tipos de alimentos ou alimentos com percentuais de agrotóxicos acima do permitido.

Contudo, pela falta de informação, a ingestão ocorre, o que gera graves consequências à saúde. É uma exposição ao risco que todos os consumidores sofrem. Portanto, permitir o exercício do direito a liberdade de escolha é o mínimo que se deve garantir quando se trata de alimentação saudável dirigida ao homem.

Todavia, sabe-se que o consumidor na realidade não é protegido em sua forma ampla e irrestrita como preveem os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, vez que mesmo com a previsão legal, este, por ser vulnerável, não detém o conhecimento necessário nem informações para exercer seu direito de escolher consumir o que julga ser adequado e saudável.

Nem mesmo o governo e as empresas alimentícias respeitam o princípio constitucional da dignidade humana, pois permitem que o consumidor não seja informado adequadamente e assim não detenha garantias quanto à veracidade da composição do produto de forma que lhe permita exercer seu direito de escolha. Neste sentido Pelingieri (2007) menciona:

A dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se com uma colisão entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consciente com os valores humanitários que este princípio promove.

Destaca-se a exposição em que se encontra o consumidor em meio a toda essa atrocidade alimentar, na qual existem também crianças, que são consideradas hipossuficientes, diferentemente dos adultos, posto que elas não possuem o devido discernimento, são absolutamente ou relativamente incapazes e por isso não tem o poder de escolha, de decisão, nem mesmo sobre sua alimentação. A criança não tem responsabilidade pelos seus atos, mas a indústria alimentícia direciona a ela uma grande quantidade de publicidade sobre alimentos, de tal

forma que, devido a essa exacerbada influência, os pais não conseguem impedir a aquisição dos alimentos.

Resta evidente que é essencial para o exercício da liberdade que se tenha a possibilidade de decidir sobre seus atos. Afirma Moraes (2010): “O exercício da Liberdade – com ela a responsabilidade- está condicionado, no âmbito do direito, à capacidade, a qual por sua vez se funda no discernimento, na racionalidade do sujeito”. Continua ainda Moraes (2010): “O discernimento, ou a capacidade de compreensão e análise, provém de uma característica da condição humana, se não a mais importante, a que melhor define nossa espécie: racionalidade.”

Desta feita, há sempre o objetivo de assegurar ao consumidor a informação correta, e assim possibilitar o seu direito de escolha, prevalecendo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

### **3. A proteção do consumidor quanto ao direito fundamental à alimentação saudável e seu direito de escolha diante da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor**

O consumidor, na maioria das vezes por falta de conhecimento de seus direitos, pouco se utiliza das ferramentas de proteção e defesa e dessa maneira acaba exposto a ameaças efetivas à sua saúde. Por meio do conhecimento e das informações, é possível que o Estado e os consumidores tenham a possibilidade de analisar se o risco que o alimento oferece é admissível e se vale a pena inserir tais alimentos no mercado e na vida dos brasileiros.

A Constituição não só garantiu o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, como também o direito a uma alimentação adequada, possibilitando a criação de um sistema com caráter normativo para garantir a proteção do consumidor, por meio da Lei 8.078/90, o chamado Código de Defesa do Consumidor.

São direitos básicos do consumidor, de acordo com o inciso I do art. 6º do CDC, o direito à vida, saúde e segurança, bem como a liberdade de escolha, elencada no inciso II do mesmo artigo. Ainda como princípio básico, decorrente da vulnerabilidade do consumidor,

presente no art. 4º, é a ele resguardado o direito à informação. Estamos desta feita diante de direitos que concretizam a personalidade.

Do mesmo modo, a Lei 11.346/06 – Lei Orgânica de Segurança Alimentar – concebe o Sisan, Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, reconhecendo também o direito humano à alimentação adequada, conforme artigo 2º, ao dispor que “a alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição”.

Sendo assim, o consumidor deve ter acesso às informações acerca do que ingere; pode escolher se quer ou não desenvolver alergias se ingerir tais alimentos; saber que também pode ter o poder de escolha sobre os alimentos que está adquirindo; e obter informação e poder dizer não para certas práticas de mercado aplicadas tanto diretamente aos consumidores adultos, que tem discernimento e poder de escolha, quanto às crianças, que ainda não tem a capacidade de discernimento, que são as principais vítimas da indústria alimentícia, pois são expostas a alimentos com quantidades exageradas de açúcar, gordura, sal, glúten, produtos químicos e geneticamente modificados.

É importante mencionar a correlação eficaz que há entre o direito fundamental à informação e consumo digno, responsável, consciente e seguro. O artigo 5º, XIV e XXXIII, da Constituição Federal bem como o Código de Defesa do Consumidor determinam juntamente com a Lei de Segurança Alimentar, § 2º do artigo 2º, o seguinte:

Art. 2º A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

§ 2º É dever do poder público respeitar, proteger, promover, prover, informar, monitorar, fiscalizar e avaliar a realização do direito humano à alimentação adequada, bem como garantir os mecanismos para sua exigibilidade.

Ocorre que, mesmo com a determinação legal quanto à obrigação do Poder Público de cumprir as medidas necessárias para garantir o acesso informado dos alimentos, como meio de garantia de dignidade humana, esta não vem sendo realizada, uma vez que estamos expostos a práticas abusivas e inseguras, consumindo alimentos sem o menor controle sanitário e nutricional. Quanto ao aspecto da oferta e consumo de alimentos geneticamente modificados, mister se faz mencionar que são introduzidos no mercado sem qualquer controle, estudo, registro, fiscalização ou autorização do Poder Público e assim são livremente comercializados.

Além da falta de informação, os consumidores ainda se deparam com os problemas inerentes à biotecnologia introduzida na alimentação. A utilização de alimentos geneticamente modificados, sob a alegação de erradicar a fome de forma imediata e produzir alimentos livres de pragas, usando a justificativa que traria mais lucro ao agricultor, o qual, devido à modificação genética da semente, teria uma colheita mais produtiva, não condiz com a realidade, vez que o agricultor também é prejudicado por contaminar sua terra com os agrotóxicos utilizados pelos transgênicos, o que conseqüentemente os torna obrigados a utilizarem apenas sementes modificadas, que no Brasil são comercializadas pela *Monsanto, Bunge e Cargil*, pois se utilizadas uma vez, o solo fica contaminado e não reproduz mais de forma natural, apenas com as sementes modificadas.

O prejuízo não para por aí. As plantações vizinhas, mesmo que não utilizem as sementes geneticamente modificadas, são contaminadas pelo pólen que é transmitido pelo ar. Essa tecnologia não é transparente quanto às etapas na elaboração das sementes que, além de agredirem o meio ambiente, deixam o solo inutilizável e causam ainda mais prejuízos aos agricultores, que acabaram sendo grandes vítimas das multinacionais detentoras das sementes de milho, soja, canola e algodão.

É importante ressaltar que as safras biotecnológicas são geneticamente modificadas para resistir a pragas, doenças, tolerar sol e chuva, suportar seca e pulverização de defensivos agrícolas como os herbicidas, também conhecidos por glifosato. Ou seja, se são resistentes a tudo isso, é preciso que sejam esclarecido, analisados e pesquisados os efeitos dessa substância e de outras utilizadas no processo de

elaboração do transgênico no organismo humano, principalmente em longo prazo.

Não há no Brasil estudos que comprovem detalhadamente a composição dos organismos geneticamente modificados e nem mesmo os efeitos adversos que podem causar no ser humano. Não se sabe a realidade dos resultados quanto à ingestão de substâncias que compõem os organismos geneticamente modificados, que podem causar danos irreversíveis ao consumidor, pois o pouco que se sabe decorre de estudos internacionais que comprovam o alto risco de ingestão, porquanto são compostos de uma quantidade altíssima de agrotóxicos que, acumulados no organismo, podem gerar danos irreversíveis à saúde humana. Vale lembrar que aqui também não há informação nutricional quanto à presença de tais substâncias e quanto a qualquer quantidade ingerida que não venha a causar danos à saúde humana.

A necessidade  
de erradicar  
a fome não  
pode ser suprida  
por um alimento  
venenoso

A situação do Brasil hoje é tão séria que, segundo uma pesquisa realizada pela ANVISA<sup>5</sup>, cerca de 30% (trinta por cento) dos alimentos consumidos diariamente pelos brasileiros estão irregulares em relação à presença de agrotóxicos, ou estão acima do limite permitido ou foram produzidos com venenos não autorizados.

Desta feita, mesmo sendo o produto *in natura*, se contaminado desde a matéria-prima, mesmo que passe por um processo de industrialização, carrega em sua composição os agrotóxicos introduzidos na sua formação.

Portanto, é de extrema importância a fiscalização desde a cadeia de produção, no intuito de seguir o rastro da contaminação, até o produto final. É preciso alertar que 24 dos 50 agrotóxicos mais utilizados no Brasil, hoje, já são proibidos em países como Estados Unidos, Canadá e países da União Europeia.

Em todo o mundo, pela primeira vez na história, houve uma redução no plantio das safras transgênicas, não devido a preocupações quanto à saúde e segurança da população, mas sim por questões de *commodities*, ou seja, a redução é uma questão meramente financeira, assim como foi a introdução dos transgênicos na agricultura de todo o mundo.

Ocorre que, na contramão da redução que se deu principalmente nos Estados Unidos; no Brasil, que é um dos maiores produtores da América do Sul, a área de plantações transgênicas aumentou, ganhando dois milhões de hectares<sup>6</sup>. Os números crescem na mesma proporção em que os consumidores são expostos ao risco do desconhecido, ao perigo mascarado de salvação.

Não se pode ignorar a necessidade da produção de alimentos em grande escala e com o mínimo de perda nas plantações, mas junto a essa necessidade surgem conflitos de direitos. De um lado, fala-se em erradicação da fome, plantio sem perdas, crescimentos da economia. De outro, esbarra-se em princípios constitucionais e na proteção do consumidor. A necessidade de erradicar a fome não pode ser suprida por um alimento venenoso. Precisa esta ser suprida por um alimento saudável, como garante a Constituição Federal, pois um dia, no futuro, se comprovados os malefícios do alimento geneticamente modificado, quem vai ter que arcar com tratamentos de saúde será o Estado.

Do mesmo modo, com o intuito de proteção à vida e ao meio ambiente, a biossegurança, tratada através da Lei 11.105/05, trata o princípio da precaução como essencial, tornando indispensável a apreciação de risco de qualquer organismo geneticamente modificado. Contudo, sabe-se que não há nenhuma prévia e clara base de estudos científicos e técnicos para definir os efeitos ou os níveis de contaminação precisos dos organismos geneticamente modificados, o que culmina com o dever de o poder público fiscalizar e controlar os riscos da utilização desse procedimento.

Machado (2014) sustenta que “a incerteza científica perante a probabilidade de danos à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente levou à concepção do princípio da precaução”. O princípio da precaução guia as atividades humanas e incorpora assim a justiça, equidade, respeito e prevenção, o que significa ter cuidado e estar ciente, relacionando-se, desta feita, com a associação respeitosa, cuidadosa e funcional do homem à natureza. Trata-se de ações antecipatórias para proteger a saúde das pessoas e dos ecossistemas.

Esse princípio está presente na Declaração do Rio/92 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, elaborada em junho de 1992, que o elenca da seguinte forma:

### Princípio 15

Para que o ambiente seja protegido, serão aplicadas pelos Estados, de acordo com as suas capacidades, medidas preventivas. Onde existam ameaças de riscos sérios ou irreversíveis, não será utilizada a falta de certeza científica total como razão para o adiamento de medidas eficazes, em termos de custo, para evitar a degradação ambiental.

Do mesmo modo, os artigos 10 e 11 do Protocolo de Cartagena mencionam o Princípio da Precaução como:

A ausência de certeza científica devida à insuficiência das informações e dos conhecimentos científicos relevantes sobre a dimensão dos efeitos adversos potenciais de um organismo vivo modificado na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica na Parte importadora, levando também em conta os riscos para a saúde humana, não impedirá esta Parte, a fim de evitar ou minimizar esses efeitos adversos potenciais, de tomar uma decisão, conforme o caso, sobre a importação do organismo vivo modificado.

Este princípio possui, no entanto, componentes essenciais para a compreensão da importância da precaução: a incerteza passa a ser considerada na avaliação de risco do produto ou processo; o ônus da prova será de responsabilidade do proponente da atividade ou fornecedor; quanto à avaliação de risco, deverá apresentar um número razoável de alternativas ao produto ou processo, que serão estudadas e comparadas, e ainda, para ser classificada como medida de precaução, a decisão deverá ser democrática, transparente e conter a participação dos interessados no produto ou processo.

Com o fim de promover a segurança efetiva do consumidor, também garantida pela Constituição Federal, pelo Código de Defesa do Consumidor, pela Lei de Biossegurança, pela Declaração do Rio 92 e pelo Protocolo de Cartagena, buscaram-se respostas para a segurança do produto ou processo, quanto ao nível de risco aceitável para a ingestão do ser humano, bem como sobre o quanto de contaminação que pode o homem ou o ecossistema assimilar sem mostrar efeito adverso óbvio.

Ocorre que, ao se utilizar a ciência precaucionária, surgem perguntas que deveriam trazer respostas antecipadas ao uso do homem, a fim de se saber o quanto a contaminação pode ser evitada e ainda sobre as alternativas para um cultivo, produto e processo saudável.

Assim, por meio da informação, o consumidor pode optar pelo produto geneticamente modificado, mas daí será um direito seu de escolher e uma obrigação do fornecedor em alertar sobre o risco do produto, quando este seja posto à venda. Não estamos aqui dizendo que o produto não deva ser consumido, mas é preciso expor o que se esconde por trás dos produtos geneticamente modificados, com alto índice de agrotóxico, sal, açúcar e outras substâncias, para que após a informação a escolha possa ser realizada de forma consciente e segura.

## Conclusão

Os últimos anos foram marcados por mudanças significativas na legislação de alimentos, impactando não somente as questões relacionadas ao direito do consumidor, mas, sobretudo, os aspectos constitucionais. O momento é de grande pacto pela soberania, segurança alimentar e pela promoção do direito humano à alimentação adequada, balanceada e livre de agrotóxicos no Brasil.

A alimentação passa por uma revolução, e as consequências do descompasso entre o que se quer consumir e o que se consome são cada vez mais graves devido ao crescimento das doenças causadas pela falta de informação, conhecimento e de desenvolvimento técnico com responsabilidade e fiscalização desde o plantio até o processo de industrialização do alimento.

É essencial que o consumidor tenha acesso a informações claras, simples e corretas, inclusive como medida necessária para o controle de doenças crônicas, como diabetes, hipertensão e alguns tipos de câncer, até então desconhecidas.

Quanto aos alimentos geneticamente modificados, concluí-se que o problema versa em torno do risco efetivo, a diferença entre o risco e o perigo ao qual o consumidor está exposto e o grau de certeza científica exigida, bem como os custos envolvidos para minimizar tais riscos ou assegurar o acesso à informação. Todavia, promover a informação

adequada é bem mais amplo do que transmitir a composição dos produtos; é na realidade possibilitar a proteção do consumidor quanto ao direito à opção pelo produto a ser consumido.

Desse modo, mais que saber se o produto é transgênico ou possui índices elevados de agrotóxicos, o consumidor tem o direito de ter acesso às pesquisas, bem como aos resultados, para então poder escolher de fato o produto que irá consumir. As informações devem ser fornecidas mesmo que não sejam positivas, e é então que surge toda a questão de omissão do fornecedor, já que não tem interesse em correr o risco de perder venda ao mencionar a verdade.

Diante do exposto, pode-se perceber que o embate entre as políticas públicas e as necessidades dos consumidores, frente às influências mercadológicas, a atuação das empresas alimentícias, a ausência de regulamentação e fiscalização, diante da efetividade da legislação e os direitos fundamentais, tem imediata correlação com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e seu direito à informação adequada, clara e segura, que vem sendo ignorado, ficando o consumidor à mercê das práticas abusivas realizadas pelo mercado.

## Notas

1. Catherine Santa Cruz Jereissati. Advogada. Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas.
2. Mario Quesado de Miranda Bezerra. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Evolutivo (2016). Mestrando em Direito Constitucional pela Unifor Catherine Santa Cruz Jereissati.
3. <http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticias/noticia/2017/04/mercado-de-alimentacao-saudavel-deve-crescer-4-41-ao-ano-ate-2021-9775279.html>  
<http://www.investmentosenoticias.com.br/noticias/negocios/mercado-de-alimentacao-saudavel-segue-com-potencial-de-crescimento-no-brasil>; <http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/sc-que-da-http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/sc-que-da-certo/noticia/consumidor-em-busca-de-mais-saude-faz-crescer-mercado-de-alimentos-alternativos-em-sc.ghtml>
4. Art. 6º São direitos básicos do consumidor:  
[...] III – A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; [...]
5. (<http://www.idec.org.br/em-acao/revista/internet-limitada/materia/perigo-oculto>)
6. <https://economia.uol.com.br/agronegocio/noticias/redacao/2014/02/14/brasil-tem-2-maior-cultivo-e-producao-de-transgenicos-que-mais-cresce.htm>

## Referências

- BACK, Pricilla. *Consumidor em busca de mais saúde faz crescer mercado de alimentos alternativos em SC*. <http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/sc-que-da-certo/noticia/consumidor-em-busca-de-mais-saude-faz-crescer-mercado-de-alimentos-alternativos-em-sc.ghtml>. Acesso em: 19 de julho de 2017.
- BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. <http://www.mma.gov.br/informma/item/7512> acesso em 09/06/2017
- CAJANO, Pamella. *Mercado de alimentação saudável segue com potencial de crescimento no Brasil*. <http://www.investimentosenoticias.com.br/noticias/negocios/mercado-de-alimentacao-saudavel-segue-com-potencial-de-crescimento-no-brasil>. Acesso em: 19 de julho de 2017.
- CRUZ, Guilherme Ferreira. *Princípios Constitucionais das relações de consumo e dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código comentado e Jurisprudência*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- GERMANO, Pedro Manuel Leal. *Higiene e vigilância sanitária de alimentos*. 3. ed. São Paulo: Manole, 2008.
- GOMES, Juliana. *Mercado de alimentos saudáveis deve crescer 4,41% ao ano até 2021*<http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticias/noticia/2017/04/mercado-de-alimentacao-saudavel-deve-crescer-4-41-ao-ano-ate-2021-9775279.html>. Acesso em 19 de julho de 2017.
- GRASSI NETO, Robertto. *Segurança alimentar. Da proteção agrária á proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RIEDEL, Guenther. *Controle sanitário dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: Atheneu, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A Nova Interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- THOMAZ, Afrânio Carlos Moreira. *Lições de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

O DIREITO  
FUNDAMENTAL À  
EDUCAÇÃO FORMAL  
PARA O CONSUMO  
COMO MEIO DE  
CONCRETIZAÇÃO DO  
DIREITO À LIBERDADE  
DE ESCOLHA DO  
CONSUMIDOR E  
IGUALDADE NAS  
CONTRATAÇÕES,  
E COMO  
IMPLEMENTAÇÃO DO  
DIREITO COLETIVO E  
SOCIAL DE PROTEÇÃO  
AO MEIO AMBIENTE

EDSON MITSUO TIUJO<sup>1</sup>

Doutorando em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade  
Católica do Paraná (PR)

## **RESUMO**

*Buscou-se, neste artigo, fundir dois direitos fundamentais – a defesa do consumidor e o direito à educação –, a fim de concretizar a proteção de dois outros bens jurídicos, quais sejam: a liberdade de escolha do consumidor e a igualdade nas contratações, bem como a proteção ao meio ambiente. Propôs-se, em seguida, a elaboração de uma política pública de educação formal para o consumo, levando-se em consideração inúmeros fatos sociais, políticos e econômicos que se verificam no dia a dia e que distorcem a racionalidade do consumidor, como as práticas comerciais de angariamento de consumidores, as políticas econômicas de incentivo ao consumo e a política educacional despreocupada com o desenvolvimento do poder de reflexão e juízo crítico do cidadão. Objetivou-se, ao final, definir a competência institucional para a elaboração dessa disciplina curricular, bem como o formato jurídico-político para sua concretização.*

## Introdução

O presente artigo deverá fundir dois direitos fundamentais, sendo um o direito à defesa do consumidor (art. 5º, XXXII) e o outro o direito social à educação (art. 6º), para, ao final, buscar garantir a integral liberdade de escolha e igualdade nas contratações dos cidadãos participantes do mercado de consumo e, simultaneamente, a proteção ao meio ambiente como bem jurídico social e coletivo. Da fusão desses direitos fundamentais, propõe-se a elaboração de uma política pública de educação formal para o consumo, por meio da criação de uma disciplina para o ensino fundamental da educação básica, objetivando o pleno exercício da cidadania pelo consumidor e a garantia da preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

A par da notável utilidade dessa prestação pública, é certo que a sua instituição ainda gera muitos debates e oposições. Por meio deste artigo, pretende-se debater alguns desses conflitos, propondo-se, para tanto, o desenvolvimento do trabalho em quatro tópicos.

O primeiro capítulo, ainda que breve, será necessário para compreender a estrutura bidimensional dos direitos fundamentais e sua característica de multifuncionalidade. Demonstrar-se-á que os direitos fundamentais estão submetidos a um regime especial, o qual investe o cidadão de uma posição jurídica de vantagem frente a tais direitos e, simultaneamente, impõe ao Estado o cumprimento espontâneo de um dever correspondente a esse mesmo direito. Somente a partir dessas noções elementares é que será possível compreender o fundamento para o conteúdo e objetivos da proposta de política social que ora se faz.

O segundo capítulo, por conseguinte, será voltado a discutir a função prestacional normativa dos direitos fundamentais, principalmente por meio da elaboração de políticas públicas. O capítulo exporá, ainda, os objetivos das políticas públicas e a complexidade para sua implantação, visando, sobretudo, a promoção da dignidade humana em seu grau máximo. É nessa esteira que se apresentará, nesse capítulo, os primeiros argumentos para viabilidade da implantação da educação para o consumo como disciplina integrante da base curricular.

O terceiro capítulo apresentará a dupla matriz constitucional da defesa do consumidor – direito fundamental e princípio econômico – e as consequências da sua previsão ao lado de outros princípios aparentemente conflitantes, como a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência. Esses princípios aparentemente conflitantes, particularmente no que se refere à relação de consumo, podem resultar em uma proteção insuficiente do consumidor, limitada apenas à coibição da ilicitude e da abusividade, não abarcando uma tutela preventiva, exigível diante dos vários fatores sociais, políticos e econômicos que, marcadamente, massacram o cidadão no dia a dia do mercado. Ainda, o terceiro capítulo destinar-se-á a traçar o conteúdo dessa disciplina que se pretende implantar no currículo escolar, a partir de objetivos voltados essencialmente a incutir no consumidor o poder de reflexão e o juízo crítico.

Após a apresentação dos fundamentos dessa política pública e os argumentos para sua implantação, o quarto capítulo tratará da formalização da educação para o consumo como matéria do currículo mínimo do ensino fundamental. Para tanto, a investigação estará voltada à verificação da competência institucional-normativa para a implementação da matéria em âmbito nacional e a identificação do instrumento jurídico-político necessário para tanto.

### **1. A estrutura normativa bidimensional dos direitos fundamentais e a característica da multifuncionalidade: uma base para viabilizar a discussão**

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) reconhece, em diversos enunciados normativos, o direito à educação (arts. 6º, 22, XXIV, 24, IX, e 205 a 214). A partir do reconhecimento desse direito, o cidadão está investido em uma série de posições jurídicas de vantagem, que lhe permitem exigir do poder público o seu direito de ser educado para o desenvolvimento, o trabalho e o exercício da cidadania. O Estado, por sua vez, independentemente da postulação do cidadão, tem o dever de garantir, espontaneamente, a toda coletividade os benefícios relacionados a esse direito social, os quais encontram-se enumerados nos textos dos artigos acima citados.

Mas, de imediato, surgem as questões: Qual o fundamento dessa posição jurídica de vantagem do cidadão frente ao Estado? E por que o poder público tem a obrigação de garantir tais direitos de educação ao cidadão?

A resposta a esta indagação está no advento do estado social e democrático de direito, que, por sua vez, tem por fundamento precípua a garantia de direitos fundamentais aos seus cidadãos. De modo sucinto, os direitos fundamentais são um conjunto de direitos – individuais ou de liberdade, coletivos, sociais<sup>2</sup>, políticos, culturais e de nacionalidade –, configurados como categoria jurídica autônoma, já que submetidos a um regime jurídico especial<sup>3</sup>, tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana<sup>4</sup>, haja vista que são indispensáveis à vivência e sobrevivência dos cidadãos, que se encontram em posição jurídica de vantagem frente ao Estado, ao qual é atribuído uma multiplicidade de funções – defensiva, protetiva e prestacional. Tais direitos também podem ser direcionados a outros sujeitos privados<sup>5</sup>.

Nesse primeiro momento, o aspecto mais relevante dessa breve definição de direitos fundamentais é, indiscutivelmente, o seu regime jurídico diferenciado. É esse regime que distingue as normas de direitos fundamentais daquelas que, no direito privado, outorgam direitos subjetivos aos seus destinatários<sup>6</sup>. É, ainda, esse regime especial que permitirá justificar e fundamentar a proposta do presente artigo, qual seja, a elaboração de uma política de educação para o consumo, direcionada ao ensino fundamental<sup>7</sup>, tendo em vista a concretização integral do direito fundamental de defesa do consumidor, por meio da garantia da sua ampla liberdade de atuação no mercado de consumo, bem como a implementação de outros direitos fundamentais sociais e coletivos, pela conscientização do consumo e consequente proteção ao meio ambiente.

Nesse estudo, propõem-se que, (a) de um lado, o consumidor possa syndicar o seu direito de liberdade de atuação no mercado de consumo, contra as práticas abusivas dos fornecedores e as políticas econômicas estatais de incentivo ao consumo e; (b) de outro lado, o poder público possa elaborar uma política pública de educação formal para o consumo voltada a toda a sociedade, tendo em vista não apenas a prevenção dos consumidores contra tais armadilhas, mas também a proteção ao meio ambiente, por meio do consumo consciente.

Diante dessas proposições, indaga-se: O que justifica o direito de o cidadão reivindicar essa proteção da sua liberdade de atuação no mercado de consumo? E o que fundamenta o dever de prestação normativa do Estado, de elaboração dessa política de educação?

A resposta a essa pergunta está baseada, justamente, no regime especial das normas de direitos fundamentais que revela, em sua radiografia, uma estrutura normativa bidimensional e, em seu conteúdo, multifárias pretensões jurídicas e múltiplas funções estatais. Daniel Wunder Hachem<sup>8</sup> explica a estrutura bidimensional das normas de direitos fundamentais, expondo que, embora a arquitetura dos enunciados normativos – notadamente de direitos subjetivos – possa parecer similar, a estrutura jurídica das normas de direitos fundamentais, derivada da construção resultante de uma interpretação sistemática de tais enunciados, ostenta uma engenharia diferenciada que as caracteriza e distingue das demais. Enquanto os enunciados normativos de direitos subjetivos podem ser visualizados apenas em uma única perspectiva, as normas de direitos fundamentais podem ser vistas sob duas óticas distintas: subjetiva e objetiva.

Na ótica subjetiva – ou seja, na visão do titular do direito ou bem jurídico que ela pretende proteger – os direitos fundamentais se afiguram como um feixe de posições jurídicas de vantagem<sup>9</sup> em favor de um cidadão individualmente considerado. Nessa perspectiva, Estado e cidadão se posicionam numa nítida relação bilateral, da qual pode exsurgir, em caso de não cumprimento da norma de direito fundamental, uma pretensão individual juridicamente reforçada com a correspondente judiciabilidade<sup>10</sup>.

Por outro lado, na ótica objetiva – ou seja, na perspectiva do objeto que ela visa a proteger – a norma de direito fundamental faz surgir para o Estado um feixe de deveres jurídicos para com os cidadãos de variados fins (defensivos e prestacionais), impondo-lhe diversas obrigações expressas ou implícitas para salvaguarda do direito fundamental<sup>11</sup>, os quais devem ser realizados espontaneamente pelo poder público.

Quer isto dizer que, das normas de direitos fundamentais, mesmo daquelas que preveem primariamente posições jurídicas subjetivas, é possível extrair conteúdos jurídicos não subjetivizados – ou seja, que vão além da sua dimensão subjetiva –, que ultrapassam a estrita relação

Estado / indivíduo, para admitirem uma validade universal e objetiva de valores que legitimam a ordem jurídico-constitucional do Estado<sup>12</sup> a agir na implementação espontânea, integral e igualitária dos direitos fundamentais.

A partir dessa característica da dupla dimensão, portanto, exsurge outro efeito dos direitos fundamentais, consistentes em diversas e complexas funções, efeito este a que se chama de multifuncionalidade das normas de direitos fundamentais. Essa característica, por sua vez, representa os vários papéis que o Estado tem a desempenhar para que os cidadãos possam viver dignamente. Significa dizer que os direitos fundamentais não podem ser associados a uma função única, mas sim a variados deveres – de respeito, proteção e prestação (fática e normativa)<sup>13</sup> –, os quais são imprescindíveis para a plena implementação e concretização da vida digna do cidadão.

Sem o intuito de tentar explicar sobre as múltiplas funções dos direitos fundamentais, é da função de prestação normativa, oriunda da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que se pode cogitar da elaboração de uma política pública de educação formal para o consumo, com vistas não apenas a garantir o exercício da cidadania pela plena liberdade de atuação do consumidor no mercado de consumo, mas também assegurar a proteção ao meio ambiente como bem jurídico de toda coletividade, necessário à vida digna das futuras gerações.

Feitas tais considerações, o presente artigo se projetará a partir de agora no desenvolvimento do estudo da função prestacional normativa do direito fundamental à educação, tendo como objeto a defesa e promoção do consumidor e do meio ambiente.

## **2. A função prestacional normativa dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas sociais tendentes a promover a dignidade humana em seu grau máximo**

Para que os direitos fundamentais possam ser gozados em sua integralidade, tais direitos pressupõem atuações do legislador e da administração pública, no sentido de viabilizar a universalização do seu exercício por todos os cidadãos, pela proteção contra as investidas

do ente público e outros entes privados e, também, na medida do possível, pela prestação material e normativa tendente a propiciar melhor qualidade de vida aos cidadãos<sup>14</sup>.

Esses desideratos somente são viabilizados por causa da função prestacional normativa decorrente da feição objetiva dos direitos fundamentais. As prestações normativas são, ao mesmo tempo, dever do Estado e direito do cidadão à elaboração de normas por todos os poderes públicos, “necessárias à proteção de determinados bens jurídicos (função de proteção) ou à criação de organizações e procedimentos que auxiliem na promoção e na proteção dos direitos fundamentais (função de organização e procedimento)”<sup>15</sup>.

As políticas públicas envolvem sempre uma conotação valorativa e causam profundas discussões quanto à sua instituição

No que se refere ao direito à educação, a CRFB foi bastante exaustiva ao consagrá-lo, disciplinando amplo acesso a esse bem jurídico, por meio dos arts. 6º, 22, XXIV, 24, IX, e 205 a 214. Da mesma forma, a legislação infraconstitucional, por meio da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDBE), também assegurou a contento a política educacional, pelo menos, em nível de educação básica (infantil, fundamental e médio), sendo as avaliações quantitativas bastante satisfatórias, especialmente a partir da década de 1990.

Contudo, a questão que se coloca, nesse momento, é: é conveniente a elaboração de uma política pública para a criação de uma disciplina na educação básica – notadamente no ensino fundamental –, direcionada à educação do jovem cidadão para o consumo?

O debate é pertinente e oportuno, porque as políticas públicas envolvem sempre uma conotação valorativa e causam profundas discussões quanto à sua instituição, exigindo sempre uma análise interdisciplinar relacionada a outros subsistemas<sup>16</sup>, bem como a apreciação cautelosa das suas etapas sequenciais de processualização<sup>17</sup>.

As políticas públicas, assim, se afiguram como um programa de ação governamental<sup>18</sup>, envolvendo todos os seus níveis (federal, estadual e municipal)<sup>19</sup>, instituído por meio de um processo regulado, mediante a observância dos meios à disposição do Estado, voltados à realização de

objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados<sup>20</sup> e sua continuidade por meio de ações subsequentes de apoio e avaliação<sup>21</sup>, para garantir à coletividade, por meio de cada cidadão, condições mínimas de existência digna e condições suficientes para que cada pessoa possa desenvolver livremente a sua personalidade<sup>22</sup>.

Pois bem. Quando se fala na elaboração de uma política social, quer-se dois objetivos precípuos: (a) primeiro, corrigir problemas sociais que atrapalhem a proteção e promoção adequada dos direitos fundamentais e que impeçam indivíduos e setores específicos da sociedade de lograr acesso igualitário aos bens jurídicos por ele protegidos, e (b) segundo, garantir a promoção da dignidade do cidadão em seu grau máximo, mesmo porque a satisfação do conteúdo integral dos direitos sociais não se limita apenas ao atendimento ao mínimo existencial.

O estudo ora proposto parece propício a cumprir com esses dois objetivos. Em primeiro lugar, porque as políticas econômicas voltadas para o incentivo ao consumo e as práticas comerciais direcionadas ao cidadão, embora não sejam efetivamente um problema social, podem trazer uma drástica consequência social, especialmente em relação ao consumo supérfluo e exagerado, causadores, por sua vez, do superendividamento e da escassez de recursos por desperdícios. Em segundo lugar, porque a concretização dos dois direitos fundamentais ora propostos, por meio de uma política pública tendente a maximizar a dignidade humana, poderá permitir não apenas a plena liberdade de atuação do consumidor no mercado de consumo, como também a maior proteção do meio ambiente como bem jurídico social e coletivo.

As justificativas acima expostas serão abordadas e aprofundadas no próximo tópico. É fato, no entanto, que a proposta que ora se defende deve ser concretizada mediante uma política pública para o serviço público<sup>23</sup>, direcionada à maximização dos direitos fundamentais à educação e à defesa do consumidor, como forma de permitir o pleno exercício da cidadania. Nesse contexto, defende-se que o serviço público é apenas um meio para se implementar a política pública e, conseqüentemente, atingir a máxima concretização dos direitos fundamentais sociais.

Tecidas essas considerações, outra questão que se coloca é: qual o formato jurídico-normativo para a implementação da política pública,

notadamente em relação à elaboração de uma nova disciplina nos currículos da educação básica?

Deveras, as políticas públicas podem ser veiculadas por várias espécies de instrumento normativo. Daniel Wunder Hachem<sup>24</sup> explica que as políticas públicas podem ser instituídas por diversas formas jurídico-normativas, podendo ser encontradas em sede constitucional, em atuação do legislador infraconstitucional e, ainda, em criação direta da administração pública (decretos e portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviço público<sup>25</sup>) – embora sempre inspiradas nos programas de ação política assegurados constitucionalmente –, ainda que inexistentes fundamento legal específico que determine a implementação daquela política.

A par da variabilidade das formas jurídicas para elaboração e implementação das políticas públicas, o último tópico deste artigo destinar-se-á a discutir o modo de formalização dessa política pública, especialmente no que se refere à competência institucional-normativa para a implementação da disciplina de educação formal para o consumo, bem como os instrumentos legais para tal implementação.

### **3. O direito à educação formal para o consumo como meio de concretizar o direito à liberdade de escolha do consumidor e igualdade nas contratações no mercado de consumo e de implementar o direito coletivo e social de proteção ao meio ambiente**

#### **3.1 A política pública de educação para o consumo como direito básico do consumidor**

A defesa do consumidor é, na ótica da CRFB, um direito fundamental de liberdade (art. 5º, XXXII) e, ao mesmo tempo, um princípio da ordem econômica (art. 170, V). Essa dupla matriz constitucional mostra a importância que o poder constituinte originário deu ao cidadão-consumidor como elemento integrante do mercado de consumo. Esse reconhecimento constitucional, por si só, justifica a realização de qualquer política pública, tendente a corrigir problemas

sociais e maximizar a satisfação do seu conteúdo, permitindo ao cidadão usufruí-lo em seu grau máximo.

Portanto, não é preciso reconhecer caráter social aos direitos fundamentais – notadamente, à defesa do consumidor e à educação – para garantir-lhes a formação de políticas públicas, uma vez que todos os direitos fundamentais, indistintamente, estão sujeitos ao mesmo regime jurídico especial. É salutar reconhecer, contudo, que a proteção concebida pelo legislador infraconstitucional à defesa do consumidor, por ocasião da elaboração do CDC, é bem mais ampla, é difusa, coletiva<sup>26</sup> e nitidamente social<sup>27</sup>, o que lhe garante um viés de proteção totalmente distinto.

O que se questiona e se propõe neste artigo, todavia, é se a intervenção estatal preconizada para a proteção do consumidor é realizada de forma plena e suficiente, de modo a garantir não somente a proteção do cidadão, como também a sua ampla liberdade de atuação no mercado de consumo. A indagação que se coloca é salutar, na medida em que a defesa do consumidor, no âmbito constitucional, é enumerada ao lado de outros princípios aparentemente com ela conflitantes, como a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência.

Esse rol aparentemente conflitante de princípios da ordem econômica, pelo que se constata, resultou em uma proteção apenas parcial e, portanto, insuficiente do consumidor e da sua liberdade de atuação. Isso porque a necessidade de convivência desses princípios levou à adoção do vetusto argumento: “o direito de cada um termina onde começa o do outro”. A interpretação desse embate foi e é no sentido de que o fornecedor tem ampla liberdade de explorar a relação e o mercado de consumo, desde que não afete a esfera de direitos do consumidor. Sem o intuito de criticar a CRFB, esse argumento transposto para a realidade fática e jurídica teve o condão de atuar, preponderantemente, na coibição da ilicitude e abusividade, o que se verifica nitidamente por meio do reconhecimento legal das práticas abusivas (art. 39 do CDC), cláusulas abusivas (art. 51 do CDC), publicidades abusivas (art. 37, § 2º, do CDC) e cobranças abusivas de dívida (art. 42, *caput*, do CDC).

A partir dessas considerações, propõe-se a seguinte questão: é possível, plausível e necessário ampliar ainda mais a proteção do

consumidor – de forma preventiva –, por meio da sua educação e informação, especialmente no âmbito escolar?

Pensa-se que sim. E existe viabilidade para tanto. Fatos sociais e viabilidade jurídica, constitucional e infraconstitucional autorizam a elaboração dessa política pública, tornando-a necessária e útil do ponto de vista social, justa do ponto de vista econômico e plausível do ponto de vista jurídico.

A intervenção estatal para proteção e promoção do consumidor, portanto, deve ir além da coibição de ilícitos e abusividades. Esse modo de proteção concentra a defesa do consumidor basicamente nas chamadas fases contratual e pós-contratual da relação de consumo. Por outro lado, ainda que não esteja totalmente desprotegido – especialmente por conta da regulamentação das formas de oferta e publicidade –, o consumidor não é efetivamente protegido na chamada fase pré-contratual, ocasião em que poderia ser tutelado preventivamente contra as armadilhas do mercado de consumo e os malefícios do consumo supérfluo e exagerado.

Diversos outros fatos podem ser citados para justificar a necessidade da educação formal do consumidor, como: (a) as práticas comerciais cada vez mais bem elaboradas e ocultas, inclusive com o auxílio das redes sociais, além do preparo técnico e diálogo comercial dos fornecedores, para vender seus produtos e serviços; (b) a participação efetiva e direta das crianças e adolescentes, como influenciadores e influenciados, na aquisição de produtos e serviços para as famílias; (c) as políticas econômicas de incentivo ao consumo, com o intuito de alavancar a economia de mercado, mormente em épocas de crise e em países de economia crescente como é a brasileira; (d) a política educacional ineficiente e voltada para o desenvolvimento de competências típicas para o trabalho e o consumo no mercado, sem se preocupar com o desenvolvimento do poder de reflexão do estudante<sup>28</sup>.

Pois bem. Relatados os problemas sociais e econômicos decorrentes da carência de reflexão do consumidor na relação e no mercado de

consumo, outro aspecto a ser ressaltado diz respeito à conveniência jurídica para a criação da disciplina de educação formal para o consumo. E, neste particular, as determinações, constitucional e infraconstitucional, dão total fundamento para a viabilidade e possibilidade dessa política pública.

O art. 205 da CRFB indica como perspectivas da educação para o cidadão, além do (a) pleno desenvolvimento da pessoa e de (b) sua qualificação para o trabalho, também (c) o seu preparo para o exercício da cidadania. Quer isto dizer que a educação não se limita apenas à alfabetização do cidadão – pela possibilidade da leitura, da escrita e do cálculo – e à sua capacitação para o trabalho, mas também e principalmente a promover a autonomia do indivíduo, a sua visão de mundo, o seu aperfeiçoamento humanístico, o seu sentimento de responsabilidade para com o mundo em que vive, as suas responsabilidades cívicas e sua consciência pelo valor dos direitos individuais e sociais<sup>29</sup>.

Esse direito fundamental à educação para a cidadania foi incorporado pelo legislador infraconstitucional, estando previsto no inciso II do art. 6º do CDC. E, uma vez incorporado, não se pode omitir a sua concretização, haja vista que as leis cujos conteúdos densificam as normas constitucionais de direitos fundamentais ampliam a sua eficácia, permitindo a sua máxima efetividade<sup>30</sup>; além disso, são de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CRFB) e protegem o cidadão contra a inércia dos poderes públicos<sup>31</sup>.

Apenas para encerrar a discussão deste tópico, pensa-se que a criação da política pública ora proposta, no atual contexto, é bastante oportuna. Representaria, de fato, um salto de qualidade na educação brasileira, mesmo para aqueles que defendem a implementação dos direitos sociais de maneira progressiva<sup>32</sup>. Aliás, principalmente para estes, pois é inegável que a implementação quantitativa desses direitos já foi promovida no Brasil, notadamente em relação ao direito à educação em nível básico; agora, a implementação deve ser promovida em termos qualitativos.

Desde a CRFB de 1988, muito já se conquistou em termos de direitos sociais. Jorge Abrahão de Castro<sup>33</sup>, em artigo sobre a análise e avaliação das políticas sociais, apresenta, em dados estatísticos, todos os custos e benefícios decorrentes dessas prestações públicas. Em referido trabalho,

o autor demonstra toda a evolução ocorrida nos diversos setores dos direitos sociais, desde o aparato institucional até os benefícios criados e as pessoas beneficiadas. Para se ter uma ideia, até 2007, ano em que as pesquisas foram realizadas, a taxa de frequência à escola das crianças e jovens de 7 a 14 anos já havia atingido impressionantes 98% (noventa e oito por cento), tendo aumentado, ainda, o número de anos de permanência dos alunos na escola, a par de considerável queda do analfabetismo.

Pois bem. Ainda que a implementação progressiva dos direitos sociais seja discutível entre os estudiosos dos direitos fundamentais, o fato é que as políticas sociais na área da educação já atingiram patamares consideráveis, não sendo inoportuna a criação de outras políticas sociais para a qualificação da educação. Quer se defender, com isso, que a promoção dos direitos sociais – notadamente no campo da educação – sempre terá espaço, nunca sendo excessivo o início de mais um ciclo de políticas públicas.

Feitas as considerações acerca da factibilidade social, política e jurídica da educação formal para o consumo como direito básico do consumidor, o próximo tópico destinar-se-á a apresentar o conteúdo e os objetivos dessa política pública.

### **3.2. O conteúdo da disciplina e os objetivos da política pública de educação para o consumo**

O preparo do cidadão para o exercício da cidadania – um dos objetivos constitucionais da educação – não pode servir como argumento para a criação de um sem número de disciplinas escolares de conteúdos sociais ou morais. A educadora e cientista política Rosimar de Fátima Oliveira<sup>34</sup> chama a atenção para os parlamentares oportunistas que, com esse discurso, propõem diversos projetos de lei para a criação generalizada de disciplinas de cunho social ou moral, apenas com o intuito de agregar mérito aos seus currículos. Em estudo realizado sobre a inclusão de disciplinas nos currículos escolares, o deputado Galvão Vieira<sup>35</sup> afirma que, se todos os projetos de lei desse conteúdo tivessem sido convertidos em lei, os jovens estudantes estariam sendo obrigados a cursar mais de 30 disciplinas<sup>36</sup> além das que já são previstas na legislação que rege a educação escolar.

E a questão não para por aí. Os parlamentares, com o intento de criar essa variedade de disciplinas, trazem o errôneo argumento de que a educação escolar deve ter a capacidade de sanar as mazelas sociais. Com base nesse fato, Rosimar de Fátima Oliveira<sup>37</sup> tece feroz crítica dizendo que a escola é percebida, pelos desinformados parlamentares, como a instituição capaz de promover a redenção de uma sociedade em crise, e o meio sugerido para isto é a criação de disciplinas que se voltam fundamentalmente para um conteúdo moral, buscando a formação de valores que, na avaliação dos autores dessas proposições, encontrar-se-iam ausentes na sociedade. E, sem possibilidade de parafrasear suas duras críticas, a educadora continua: “na concepção expressa através dessas proposições, é como se o currículo escolar se compusesse de fora para dentro das escolas, pelo somatório de disciplinas sem necessária conexão entre si [...]. Não são preocupações de tais projetos os objetivos precípuos da instituição escolar, mas as próprias problemáticas sociais que os inspiram.”<sup>38</sup>

A par dessas severas críticas, a criação irrefletida de disciplinas curriculares, de fato, não é sadia e profícua ao estudante e, quiçá, não tenha qualquer eficácia para o seu futuro, pois é inegável que os objetivos precípuos da educação, notadamente na sua etapa básica, devem ser a alfabetização, a formação para o trabalho e a conscientização e reflexão para a vida.

Não obstante, pensa-se, a educação formal para o consumo ora proposta é necessária, na medida em que está diretamente relacionada ao exercício típico da cidadania, sendo ato inerente à vida de todos os cidadãos. Esse fato, por si só, faz imprescindível a formação educacional do cidadão para o consumo. E essa educação formal que se propõe não decorre unicamente da vulnerabilidade do consumidor, mas simplesmente da sua qualidade de elemento integrante de uma sociedade de consumo, que necessita ser educado para o consumo, com vistas não apenas à promoção da sua personalidade e felicidade, mas também à harmonização das relações privadas e proteção do meio ambiente para as futuras gerações.

Nesse sentido, defende-se o conteúdo da disciplina curricular com base nos seguintes objetivos: (a) inculcar no consumidor o poder de reflexão e o juízo crítico, especialmente diante das políticas econômicas

de incentivo ao consumo e das práticas comerciais dos fornecedores; (b) proteger o consumidor, sobretudo as crianças e adolescentes, diante das armadilhas das ofertas e publicidades; (c) promover a sustentabilidade e o consumo consciente, com vistas à proteção do meio ambiente para as gerações futuras; e, sobretudo, (d) incutir no espírito de cada consumidor uma nova mentalidade, mais exigente e aguerrida, em especial quanto à postulação dos seus direitos, tornando-o um cidadão mais forte e ciente de seus direitos.

Os dois primeiros objetivos – (a) e (b) – estão relacionados às funções defensiva e protetiva dos direitos fundamentais e dizem respeito, respectivamente, à proibição de interferência na esfera particular do seu titular, em decorrência de ações do poder público ou de sujeitos privados<sup>39</sup>, bem como à proteção dos direitos fundamentais contra ameaças ou ataques provindos de terceiros<sup>40</sup>. E, de fato, é inegável que o consumidor, na relação e no mercado de consumo, é constantemente afetado em sua racionalidade, não de forma direta, mas por distorções em sua liberdade de atuação e escolha, provocadas, principalmente, pelos seguintes fatos: (a) as práticas comerciais de oferta e publicidade, constantemente renovadas por técnicas cada vez mais bem elaboradas e, em muitas delas, agressivas e superestimulantes aos bens de consumo; (b) o desenvolvimento tecnológico dos computadores e telefones móveis, aliado à melhoria da qualidade dos sinais de internet e à facilitação do acesso do público em geral a esses produtos (computadores e celulares) e serviços (internet); (c) a facilitação na concessão de créditos aos consumidores, “sobretudo a concessão do ‘dinheiro de plástico’ – cartões de crédito – e cheques especiais”<sup>41</sup>, além do crédito consignado em benefício previdenciário e salário e os créditos *online*; e (d) o não cumprimento a contento pelos fornecedores das regras básicas de proteção ao consumidor, especialmente no que se refere à oferta de preços, regulada pelo Decreto 5.903/06, o qual impõe uma série de regras que não se verificam no dia a dia do mercado de consumo.

Não bastassem os fornecedores, o poder público também tem o condão de afetar, em determinadas situações, a liberdade de atuação e escolha do consumidor, notadamente quando promove políticas econômicas de incentivo ao consumo. Em cenário assim, o cidadão

fica absolutamente impotente e indefeso, como bem esclarece Antônio Carlos Efig<sup>42</sup>: “o homem não é nada para além da economia, submetendo-se a ela e às suas leis, não sendo sujeito na economia, não sendo titular de direitos, mas objeto visto que é destinatário sem estatuto dos produtos, moldados à conveniência do mercado”, e acrescente-se, também, do Estado.

Apenas a título de exemplificação, nos últimos anos, diante da crise econômica que assolou o país, o governo brasileiro editou uma série de leis com o claro intuito de incentivar o consumo e provocar inegáveis distorções na liberdade de atuação e escolha dos consumidores. Assim, citam-se as leis de redução / exclusão do IPI (imposto sobre produtos industrializados), redução da taxa de juros e liberação do FGTS inativo (Fundo de Garantia sobre Tempo de Serviço – Lei 13.446/17).

As consequências desses fatos – práticas comerciais e políticas econômicas – podem ser drásticas aos consumidores, mormente em relação aos carentes de poder de reflexão e juízo crítico, resultando fatalmente no superendividamento do cidadão, para citar apenas uma das drásticas consequências. Antônio Carlos Efig<sup>43</sup>, em artigo em coautoria, menciona que uma das causas desse problema é justamente a falta de educação financeira ou de informações adequadas aos consumidores sobre os impactos das dívidas no seu orçamento. Esse problema não é recente, mas tem ganhado visibilidade em função da grave crise econômica que os países – em especial, o Brasil – enfrentam. Para tanto, alerta Antônio Carlos Efig<sup>44</sup>, é urgente encontrar soluções e desenvolver políticas públicas não apenas para conter, mas também para prevenir o superendividamento dos consumidores, pois diferentemente do que ocorre com as empresas, que contam com os institutos da falência e da recuperação judicial ou extrajudicial como saída para os seus problemas financeiros, os consumidores superendividados não conseguem discutir suas dívidas de forma clara e em um só procedimento.

O consumidor superendividado é prejudicial à própria economia, pois ele é lançado para fora do mercado de consumo, por conta do seu reduzido ou inexistente poder de compra<sup>45</sup>. E, neste passo, a preparação do consumidor para o consumo por meio da educação, ao contrário do que se possa imaginar, não significa um inibidor à economia, mas

representa uma contribuição a uma economia mais saudável, com um maior número de participantes.

Entre as soluções mais eficazes que se propõe, portanto, está a educação para o consumo, a qual ensejaria, simultaneamente, a garantia e concretização de dois outros imprescindíveis direitos, quais sejam: (a) o direito à liberdade de escolha e (b) o direito à igualdade nas contratações<sup>46</sup>. É certo que, já hoje, o consumidor tem assegurada a liberdade de atuação e de escolha no mercado de consumo, mas somente terá plena liberdade – e conseqüentemente igualdade – quando tiver maior poder de reflexão e juízo crítico, pois, como diz Hermann Krings *et alii*, “a liberdade só é possível onde a liberdade se abre a outra liberdade”<sup>47</sup>. O consumidor, portanto, somente terá plena liberdade se for dotado de poder de reflexão e juízo crítico, a fim de que possa estar seguro e consciente diante das armadilhas das práticas comerciais e dos incentivos das políticas econômicas.

A educação, afirma Ana Paula de Barcellos<sup>48</sup>, é pressuposto básico para a participação do cidadão no âmbito do Estado. E acrescenta ainda: a educação formal é também necessária à transmissão da informação acerca dos direitos mais elementares, como o direito do consumidor, tendo o condão, neste particular, de propiciar a correção de uma série de desvios na racionalidade do consumidor, cumprindo, assim, o quarto objetivo – (d) – do conteúdo da disciplina curricular.

Esse objetivo – inculcar no espírito de cada consumidor uma nova mentalidade, mais exigente e aguerrida, em especial quanto à postulação dos seus direitos, tornando-o um cidadão mais forte e ciente de seus direitos – é salutar, ainda, na medida em que o foco da educação brasileira, nos moldes atuais, se concentra mais no desenvolvimento das competências do que dos conhecimentos. A preocupação da política educacional brasileira, na visão da pedagoga Olgaíses Cabral Maués, é “formar pessoas que se adaptem rapidamente ao mundo dos negócios, que possam atender às demandas empresariais, que contribuam efetivamente com a produção da mais-valia”<sup>49</sup>, “deixando em segundo plano os conhecimentos e os saberes que permitam a formação de um cidadão capaz de ser sujeito de sua história, construtor de seu destino e capaz de fazer escolhas conscientes e livres”<sup>50</sup>.

O terceiro objetivo – (c) – relacionado ao conteúdo da disciplina de educação para o consumo estaria voltado a implementação de outro direito fundamental coletivo, qual seja, a proteção do meio ambiente, por meio do consumo sustentável. Nesse sentido, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem de uso comum do povo e um direito de todos os cidadãos, estando o poder público e a coletividade obrigados a preservá-lo e a defendê-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225 da CRFB).

Sem o intuito de exaurir todos os vieses dessa questão, o que se pretende defender é que o consumo consciente, particularmente pela redução do desperdício – máxime de alimentos –, pode, de fato, ser incutido na mentalidade da coletividade por meio da educação. Segundo Marcos Peixoto, consultor do Senado Federal, um dos problemas do desperdício é a carência de informação e capacitação das pessoas, sendo necessário mecanismos de políticas

públicas e campanhas educativas para conscientizar a sociedade desse problema coletivo, mas que afeta a cada um, haja vista a oneração dos produtos para compensar as perdas e o aumento da escassez de alimentos em decorrência dos abusos provocados pelo desperdício<sup>51</sup>.

De certo, o desperdício de alimentos pode ocorrer em várias fases da sua manipulação – colheita, armazenagem, transporte, acondicionamento e consumo final – e pode ser atribuído a diversos fatores, não apenas ao nível cultural e educacional da população de cada país. Aliás, a proporção do desperdício é igual em países pobres e ricos, variando apenas a etapa em que o desperdício se verifica. Segundo levantamentos da FAO (Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura), nos países subdesenvolvidos, as perdas acontecem na colheita e no transporte, ao passo que, nos países desenvolvidos, isso ocorre no consumo final. Tragicamente, no entanto, o Brasil, segundo os técnicos da Embrapa (Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária), enfrenta esses dois problemas de desperdícios, dependendo da região ou da localidade<sup>52</sup>.

39 mil toneladas de alimentos próprios para o consumo são jogados no lixo todos os dias, sendo 10% desse desperdício verificado ao final da cadeia de abastecimento

Aqui, 39 mil toneladas de alimentos próprios para o consumo são jogados no lixo todos os dias, sendo 10% desse desperdício verificado ao final da cadeia de abastecimento. O percentual é aparentemente baixo, mas as consequências ambientais e econômicas são drásticas, especialmente com o aumento dos preços dos produtos para compensar as perdas e o aumento da escassez de alimentos. Ainda, esse desperdício é causado por 41% das famílias brasileiras, o que representa um número bastante considerável<sup>53</sup>, a ponto de ser indispensável a política pública nessa seara.

Os resultados dessas pesquisas, aliados às causas do desperdício no consumo, demonstram, enfim, o quanto a educação para o consumo pode ser útil e necessária à proteção e promoção do meio ambiente, notadamente pela alteração na mentalidade e no comportamento de cada cidadão. Aos poderes públicos, portanto, cabe a tarefa de implementar um sistema de ensino qualitativo, ainda que a longo prazo, mas que seja capaz de inculcar na mente do cidadão a reflexão necessária para atingir os objetivos ora propostos, o que, aliás, passa-se a discorrer no próximo capítulo.

#### **4. A formalização da educação para o consumo como disciplina nos currículos escolares: da competência institucional-normativa ao instrumento jurídico-político**

Tecidas as justificativas para a elaboração de uma política pública direcionada à educação formal para o consumo, resta, por último, discutir acerca dos requisitos formais necessários à implementação dessa prestação pública, quais sejam: (a) a competência institucional-normativa para a implementação da educação formal para o consumo em âmbito nacional; e (b) o instrumento jurídico-político para a implementação da educação formal para o consumo.

Sem maiores delongas, a CRFB atribuiu competência legislativa privativa à União para estabelecer as linhas gerais da educação em âmbito nacional (art. 22, XXIV) – o que o fez por meio da Lei 9.394/96 (LDBE) – e concorrente aos estados e ao Distrito Federal para a produção das normas específicas (art. 24, IX) – o que o fez e o fará por meio de leis estaduais e municipais. A LDBE, por sua vez, reforça

a atribuição constitucional de organização do sistema de ensino, em regime de colaboração, entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios (art. 8º, *caput*), estabelecendo privativamente ao ente federal a coordenação da política nacional de educação, articulando os diferentes níveis e sistemas e exercendo função normativa, redistributiva e supletiva em relação às demais instâncias educacionais (art. 8º, § 1º).

A organização do sistema de ensino começa, primordialmente, pela criação de um plano nacional de educação – art. 214 da CRFB e art. 9º, I, da LDBE –, que tem o objetivo de articular o sistema nacional de educação, definindo as diretrizes, os objetivos, as metas e as estratégias de implementação para assegurar a manutenção e o desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e etapas. A partir desse plano nacional de educação, a União, em colaboração com os estados, o Distrito Federal e os municípios, estabelecerá competências e diretrizes para a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, que nortearão os currículos e seus conteúdos mínimos (art. 210 da CRFB e art. 9º, IV, da LDBE). Evidentemente, a atuação dos entes estatais, em regime de colaboração, na feitura de conteúdos curriculares, tem a finalidade de assegurar a mesma formação básica comum a todos os estudantes, mas não impede a criação de outras disciplinas transversais, pelo Distrito Federal, estados e municípios, em respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais<sup>54</sup>.

A base curricular mínima é elaborada pela União, por meio do Conselho Nacional de Educação (CNE), órgão pertencente ao Ministério da Educação (art. 9º, § 1º, da LDBE). Recentemente, a União reformulou a base curricular do ensino médio, ao que passou a ser denominada de Base Nacional Comum Curricular (BNCC), por meio do art. 35-A da Lei 13.415/17, abrangendo as seguintes disciplinas: (a) linguagem e suas tecnologias; (b) matemática e suas tecnologias; (c) ciências da natureza e suas tecnologias; e, (d) ciências humanas e sociais aplicadas. Esse é, portanto, o conjunto orgânico e progressivo de aprendizagens essenciais que todos os alunos devem, obrigatoriamente, desenvolver ao longo das etapas e modalidades da educação básica. E mais, essa base curricular deve orientar os currículos dos sistemas e redes de ensino das unidades federativas, como também as propostas pedagógicas de todas as escolas

públicas e privadas da educação infantil, ensino fundamental e ensino médio.

A BNCC, como se vê, comporta um conjunto de disciplinas obrigatórias a ser aplicadas em todo o sistema da educação nacional. A criação de novos componentes curriculares de caráter obrigatório, além desses já definidos pela BNCC, dependerá de aprovação do CNE e homologação pelo Ministro da Educação, como estabelece o § 10 do art. 26 da LDBE, competência esta definida recentemente pela Lei 13.415/17.

Dessa breve análise constitucional e legal, constata-se que a elaboração da base curricular e a criação de novas disciplinas obrigatórias fica a cargo de autorização do Poder Executivo, mas precisamente do Ministério da Educação, por meio do seu CNE, não podendo ser atribuível, em essência, aos parlamentares, sob pena de se caracterizar um vício de iniciativa.

Esse, aliás, é o entendimento do deputado João Matos<sup>55</sup>, ao afirmar que, do ponto de vista estritamente legal, a definição de disciplinas no currículo escolar dos ensinos fundamental e médio é da competência do Ministério da Educação, ouvido o CNE. E complementa que não é da competência do legislativo federal a elaboração de proposições que venham a incluir novas disciplinas, em nível nacional, no currículo escolar de quaisquer níveis de ensino.

Rosimar de Fátima Oliveira<sup>56</sup> entende que a instituição dessas disciplinas não pode ser feita por meio de lei de iniciativa de parlamentares, mas sim por meio de lei que emende a própria LDBE, de iniciativa das próprias escolas, de suas comunidades – trata-se da chamada gestão democrática da escola, com a participação da sociedade<sup>57</sup> (art. 205 da CRFB) – e dos conselhos de educação, com a orientação do Ministério da Educação.

De fato, as incontáveis proposições legislativas para a criação de novas disciplinas por parlamentares não podem ser admitidas e já foram objeto de crítica no tópico 3.2, por uma série de razões, especialmente: (a) pelo elevado número de disciplinas curriculares que se pretende impor aos estudantes; (b) pelo despreparo técnico e científico dos parlamentares; e (c) pela criação de disciplinas preocupadas em corrigir problemas sociais e não em desenvolver a personalidade e a cidadania do estudante, bem como a conscientização e a reflexão.

Dessa forma, a inclusão da matéria de educação para o consumo que ora se propõe deverá ser feita por meio de reforma da própria LDBE, obedecidos os requisitos estabelecidos em nota técnica pelo consultor legislativo da Câmara dos Deputados José Maria G. de Almeida Júnior<sup>58</sup>, quais sejam: (a) sólida fundamentação doutrinária e legal da Comissão de Educação, Cultura e Desporto; (b) argumentos técnico-pedagógicos e em disposições constitucionais e infraconstitucionais, sobretudo da LDBE; e (c) referenciais definidos pelos parâmetros curriculares nacionais elaborados pelo Ministério da Educação e discutidos pelos conselhos de educação em conjunto com as escolas e suas comunidades.

No mesmo sentido, Vera Hippler<sup>59</sup> reforça que tais matérias devem ser abordadas pelos parâmetros curriculares nacionais, sendo de competência da Câmara de Educação Básica tal iniciativa (Lei 9.131/95, art. 9º, § 1º, “c”); todavia, devem estar sempre em consonância com as diretrizes emanadas do CNE (LDBE, art. 9º, § 1º) e dos conselhos dos estados e municípios, que, por sua vez, sujeitam-se a todos os parâmetros constitucionais e legais antes elencados.

Assim, a criação de novas matérias obrigatórias – como é o caso da educação para o consumo – somente será possível por lei que emende a própria LDBE. Na história recente da educação brasileira, a LDBE, no que se refere à inclusão de novas disciplinas curriculares, já foi modificada, desde a sua edição, em três oportunidades apenas: (a) pela Lei 9.475/97 para a criação da disciplina de ensino religiosos, nas escolas de ensino fundamental; (b) pela Lei 10.328/01 para a criação da disciplina de educação física, nos currículos dos ensinos fundamental e médio; (c) pela Lei 10.639/03 para a criação da disciplina de história e cultura afro-brasileira, nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio. Em todas essas modificações foram utilizadas as mesmas regras procedimentais, notadamente no que se refere à competência institucional-normativa<sup>60</sup>.

Por fim, é, sem dúvida, no ensino fundamental da educação básica que a disciplina de educação para o consumo adquirirá maior eficácia e efetividade e produzirá melhores efeitos, haja vista a obrigatoriedade da educação nesse nível de ensino e a formação do caráter e transformação da mentalidade do estudante, cumprindo, assim, fielmente com o desenvolvimento da sua capacidade de aprender, com domínio da

leitura, escrita e cálculo; da sua compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores que fundamentam a sociedade; da sua capacidade de aprendizagem; e do seu fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e tolerância recíproca em que se assenta a vida social, objetivos esses traçados pelo art. 32 da LDBE.

## Conclusões

(a) Os direitos fundamentais estão submetidos a um regime jurídico especial, que tem por fundamento a realização da dignidade da pessoa humana em seu grau máximo. É a partir desse regime diferenciado que se permite fundamentar a proposta do presente artigo, qual seja, a elaboração de uma disciplina de educação formal para o consumo, direcionada ao ensino fundamental, tendo em vista a concretização integral do direito fundamental de defesa do consumidor, por meio da garantia da sua ampla liberdade de atuação e escolha no mercado de consumo, bem como a implementação de outros direitos fundamentais sociais e coletivos, pela conscientização do consumo e consequente proteção ao meio ambiente.

(b) A previsão constitucional da defesa do consumidor como princípio da ordem econômica, ao lado de outros princípios, como a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência, acarreta uma proteção insuficiente do consumidor, notadamente porque a tutela do consumidor se limita à reparabilidade da ilicitude e da abusividade, não sendo o consumidor tutelado preventivamente.

(c) A necessidade de uma proteção preventiva do consumidor, por meio da sua educação, é necessária diante da constatação de vários fatores sociais, políticos e econômicos que massacram o consumidor no dia a dia do mercado de consumo, principalmente pelas práticas comerciais cada vez mais bem elaboradas e ocultas, inclusive com o auxílio das redes sociais, a participação efetiva e direta das crianças e adolescentes na aquisição de produtos e serviços para as famílias, as políticas econômicas de incentivo ao consumo com o intuito de alavancar a econômica de mercado e a política educacional ineficiente e voltada para o desenvolvimento de competências típicas para o trabalho

e o consumo no mercado, sem se preocupar com o desenvolvimento do poder de reflexão e do juízo crítico do estudante.

(d) A educação para o consumo seria, portanto, premissa básica para incutir no consumidor uma mudança de mentalidade e de comportamento. É inegável, diante dos fatos apontados e da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, a sua necessidade de ser dotado de um poder de reflexão e de um juízo crítico, a fim não apenas de protegê-lo contra as armadilhas do mercado – decorrentes das práticas comerciais e das políticas econômicas –, mas também de conscientizá-lo acerca do consumo moderado para proteção do meio ambiente contra a escassez de recursos, ocasionada especialmente pelo desperdício no consumo.

(e) Por último, propôs-se no presente artigo a instituição da educação para o consumo como matéria integrante da base nacional curricular, devendo ser ministrada a todos os estudantes do ensino fundamental da Educação Básica (crianças e adolescentes dos 7 até os 15 anos), cuja implementação deve ser feita por lei de iniciativa das próprias escolas, de suas comunidades – trata-se da chamada gestão democrática da escola, com a participação da sociedade (art. 205 da CRFB) – e dos conselhos de educação, com a orientação do Ministério da Educação, mediante reforma / emenda da LDBE.

## Notas

1. Edson Mitsuo Tiujo. Doutorando em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PR); Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (PR); Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (PR). Professor Efetivo na Universidade Estadual de Maringá (PR). Advogado no Estado do Paraná. E-mail: edsonmitsuo@yahoo.com.br
2. Sobre a jusfundamentalidade dos direitos sociais, veja-se: NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 17 e ss.
3. Sobre o regime jurídico especial dos direitos fundamentais, veja-se: HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, p. 625-630; e, NOVAIS, Jorge Reis. *Op. Cit.*, p. 47-125.
4. Sobre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, veja-se: NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*, p. 137-145.

5. Sobre a influência dos direitos fundamentais no direito privado, veja-se: SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e o Direito Privado – Uma Perspectiva de Direito Comparado*, p. 111-144.
6. Sobre isso, explica Daniel Wunder Hachem: “A lógica de sua aplicação, por consequência, seguiria a mesma sorte que presidia a racionalidade próprio do modelo forjado no século XIX: descumprida a obrigação e afetada a situação jurídica de vantagem do titular do direito, a este (sujeito individual determinado) caberia a propositura da ação judicial correspondente. Sendo, assim, nos casos de violação, tudo seria simples. Qualquer inobservância aos deveres impostos pelas normas de direitos fundamentais seria passível de correção pelo Poder Público” (A dupla titularidade ... *Op. Cit.*, p. 627).
7. O Sistema Educacional Brasileiro é constituído por dois níveis (art. 21 da LDBE): (a) Educação básica; e, (b) Educação superior. O primeiro nível, por sua vez, é composto por três etapas: (a) educação infantil (crianças de até 6 anos de idade); (b) ensino fundamental (crianças e adolescentes dos 7 até os 15 anos); e, (c) ensino médio (adolescentes de 16 a 18 anos).
8. HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade ... *Op. Cit.*, p. 627.
9. NOVAIS, Jorge Reis. *Op. Cit.*, p. 57.
10. NOVAIS, Jorge Reis. *Op. Cit.*, p. 96.
11. HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade ... *Op. Cit.*, p. 630.
12. NOVAIS, Jorge Reis. *Op. Cit.*, p. 57-8.
13. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 450-511.
14. HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade ... *Op. Cit.*, p. 639.
15. HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 520.
16. Júlio Herman Faria, ao estudar o sistema das políticas públicas, tece a relação existente entre este sistema e os diversos outros subsistemas, como: político, constitucional, eleitoral, administrativo, financeiro, controle externo e interno e controle social (Políticas Públicas: o diálogo entre o político e o jurídico. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, p. 159).
17. Vanice Regina Lírio do Valle enumera as etapas sequenciais de implementação de uma política pública, como: (a) o reconhecimento do problema; (b) a formação da agenda; (c) a formulação da política pública; (d) a escolha da política pública a ser implementada; (e) a implementação da política pública eleita; e, (f) a análise e avaliação da política pública executada (*Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*, p. 40-1).
18. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, p. 252.
19. VALLE, Vanice Regina Lírio. *Op. Cit.*, p. 37.
20. BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico

- no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*, p. 102.
21. VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Op. Cit.*, p. 37.
  22. GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*, p. 331.
  23. A Administração Pública pode concretizar os direitos fundamentais de diversas formas: (a) por meio de um regulamento administrativo que discipline normativamente meios de acesso àquele bem jurídico jusfundamental; (b) por meio de um serviço público que forneça prestações materiais necessárias à fruição do direito; e, (c) mediante políticas públicas que ampliem o grau de satisfação de determinado direito fundamental e corrijam problemas sociais e econômicos (HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva... Op. Cit.*, p. 520).
  24. HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva... Op. Cit.*, p. 522.
  25. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública... *Op. Cit.*, p. 11.
  26. SILVA, José Afonso da. *Teoria do Conhecimento Constitucional*, p. 548.
  27. O CDC, em seu art. 1º, expressamente se autodetermina como norma de ordem pública e de interesse social.
  28. MAUÉS, Olgaídes Cabral. O papel da escola na construção dos saberes e os limites da noção de competências. In: FERREIRA, Eliza Bartolozzi; OLIVEIRA, Dalila Andrade (organizadoras). *Crise da escola e políticas educativas*, p. 287.
  29. MALISKA, Marcos Augusto. Art. 208 da Constituição da República. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 1.965.
  30. SHIER, Paulo Ricardo; SHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social. In: *Revista de Direito da Administração Pública*, p. 205.
  31. HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, p. 130.
  32. Luis Fernando Sgarbossa explica que, o argumento da implementação progressiva dos direitos sociais surgiu após a Segunda Guerra Mundial, levantada pelos países ocidentais capitalistas, notadamente, por ocasião da deliberação dos Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966. O temor manifestado pelos ocidentais ancorava-se principalmente no custo da efetivação das disposições do segundo pacto, o qual instituiu os direitos sociais. A solução, para tanto, foi a consagração da teoria da progressividade ou da implementação progressiva de tais direitos, ou seja, os direitos sociais deveriam ser realizados de forma progressiva e na medida do máximo dos recursos disponíveis. (*Crítica à Teoria dos Custos do Direito: Reserva do Possível*, p. 129-133).
  33. CASTRO, Jorge Abrahão de. Política social no Brasil: marco conceitual e análise da ampliação do escopo, escala e gasto público. *Revista Brasileira de Monitoramento e Avaliação*, p. 88-9.

34. OLIVEIRA, Rosimar de Fátima. *Políticas educacionais no Brasil – qual o papel do Poder Legislativo?* p. 164.
35. *Apud* OLIVEIRA, Rosimar de Fátima. *Idem*, p. 160.
36. Apenas a título de informação, Rosimar de Fátima Oliveira, em pesquisa realizada no Parlamento Brasileiro, informa algumas das disciplinas propostas como curriculares: ensino das religiões, educação no trânsito, noções de trânsito, educação em saúde para a cidadania, linguagem de programação de computador, computação, informática, estudo da Constituição Federal, direitos básicos do cidadão, noções de direito, educação tributária, normas gerais de orçamento e finanças públicas, educação física obrigatória para o ensino superior, latim, introdução a comunicação em massa, educação no campo para os cursos de formação para professores, ensino profissionalizante obrigatório no ensino médio (*Op. Cit.*, p. 160).
37. OLIVEIRA, Rosimar de Fátima. *Op. Cit.*, p. 160.
38. OLIVEIRA, Rosimar de Fátima. *Idem*, p. 163.
39. HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva...* *Op. Cit.*, p. 131.
40. NOVAIS, Jorge Reis. *Op. Cit.*, p. 86.
41. FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*, p. 127.
42. EFING, Antônio Carlos. Direito do Consumo e Direito do Consumidor: reflexões oportunas. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, p. 106.
43. EFING, Antônio Carlos; POLEWKA, Gabriele; OYAGUE, Olenka Woolcott. A crise econômica brasileira e o superendividamento da população: emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social. In: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate (organizadoras). *Novas tendências do Direito do Consumidor*, p. 327.
44. EFING, Antônio Carlos; POLEWKA, Gabriele; OYAGUE, Olenka Woolcott. *Idem*, p. 325-6.
45. EFING, Antônio Carlos; POLEWKA, Gabriele; OYAGUE, Olenka Woolcott. *Idem*, p. 334.
46. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*, p. 101-2.
47. *Apud* HIPPLER, Vera. A relação educacional como relação especial de sujeição (RES) e os limites à liberdade de ensinar dos professores nas instituições públicas de ensino. In: SPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata Porto. *Intervenção do Estado no Domínio Econômico e no Domínio Social*, p. 373.
48. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 290-1.
49. MAUÉS, Olgaíses Cabral. *Op. Cit.*, p. 287.
50. MAUÉS, Olgaíses Cabral. *Idem*, p. 291.
51. DESPÉDÍCIO de alimentos. *Revista Em Discussão*, p. 23.
52. *Idem*, p. 24.
53. *Idem*, p. 24.
54. MALISKA, Marcos Augusto. Art. 208 da Constituição da República. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 1.973.
55. *Apud* OLIVEIRA, Rosimar de Fátima. *Op. Cit.*, p. 166.

56. OLIVEIRA, Rosimar de Fátima. *Idem*, p. 164.
57. MALISKA, Marcos Augusto. *Op. Cit.*, p. 1.968.
58. ALMEIDA JUNIOR, José Maria G. de. Proposições sobre a criação de disciplinas escolares e atividades curriculares. *Nota Técnica*. Brasília: Consultoria Legislativa / Câmara dos Deputados, 2003, p. 3-4.
59. HIPPLER, Vera. *Op. Cit.*, p. 363.
60. OLIVEIRA, Rosimar de Fátima. *Op. Cit.*, p. 115-125.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIRA JUNIOR, José Maria G. de. Proposições sobre a criação de disciplinas escolares e atividades curriculares. *Nota Técnica*. Brasília: Consultoria Legislativa / Câmara dos Deputados, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- \_\_\_\_\_. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101-132.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.
- CASTRO, Jorge Abrahão de. Política social no Brasil: marco conceitual e análise da ampliação do escopo, escala e gasto público. *Revista Brasileira de Monitoramento e Avaliação*, Porto Alegre, n. 1, p. 66-95, jan./jun. 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DESPEDÍCIO de alimentos. *Revista Em Discussão*. Brasília: Senado Federal, ano 7, n. 30, dezembro / 2016, p. 22-34.
- EFING, Antônio Carlos; POLEWKA, Gabriele; OYAGUE, Olenka Woolcott. A crise econômica brasileira e o superendividamento da população: emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social. In: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate (organizadoras). *Novas tendências do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 325-369.
- \_\_\_\_\_. Direito do Consumo e Direito do Consumidor: reflexões oportunas. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Brasília, v. 1, n. 1, p. 103-120, 2011.
- FARIA, Júlio Herman. Políticas Públicas: o diálogo entre o político e o jurídico. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 157-169, jan./mar. 2009.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

- GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, jul./dez. 2013.
- \_\_\_\_\_. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.
- \_\_\_\_\_. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.
- HIPPLER, Vera. A relação educacional como relação especial de sujeição (RES) e os limites à liberdade de ensinar dos professores nas instituições públicas de ensino. In: SPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata Porto. *Intervenção do Estado no Domínio Econômico e no Domínio Social*. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 351-396.
- MALISKA, Marcos Augusto. Art. 208 da Constituição da República. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MAUÉS, Olgaíses Cabral. O papel da escola na construção dos saberes e os limites da noção de competências. In: FERREIRA, Eliza Bartolozzi; OLIVEIRA, Dalila Andrade (organizadoras). *Crise da escola e políticas educativas*. Belo Horizonte: Autêntica, 2009, p. 287-307.
- NETTO, Luisa Cristina Pinto e. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2009.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- OLIVEIRA, Rosimar de Fátima. *Políticas educacionais no Brasil – qual o papel do Poder Legislativo?* Curitiba: Prottexto, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e o Direito Privado – Uma Perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 111-144.
- SGARBOSSA, Luis Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos: Reserva do Possível*. V. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.
- SHIER, Paulo Ricardo; SHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social. In: *Revista de Direito da Administração Pública*. Niterói, ano 02, v. 1, p. 204-223, jan./jul. 2016.
- SILVA, José Afonso da. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

# A PEDAGOGIA E SUA IMPORTÂNCIA PARA O ENSINO NOS CURSOS DE DIREITO

OSCAR IVAN PRUX<sup>1</sup>

Pós-Doutorando na FDUL – Faculdade de Direito da  
Universidade de Lisboa

## **RESUMO**

*O presente artigo em rápidas palavras apresenta a pedagogia (e refere à didática), mostrando suas concepções e sua importância para a formação do professor de direito, tudo com vistas a um processo-aprendizado efetivo, gerando qualidade de ensino na instituição a que o curso pertence. Enfatiza-se que o pedagogo não deve ser formado apenas com vistas a lecionar para crianças e adolescentes (ou apenas no curso de pedagogia), mas mostra-se a utilidade desse tipo específico de conhecimento para qualificar o trabalho do professor do curso de direito. E na parte final enfrenta-se a questão do ensino-aprendizagem com o docente tendo alunos em sua maioria das novas gerações, muito diferentes dos antepassados na forma de se comportar e assimilar o que lhes é ensinado. Por derradeiro, apresentam-se conclusões que reiteram a importância de conhecimentos pedagógicos por parte do profissional que atua como professor em curso de direito.*

## I. Considerações introdutórias

**E**m tempos remotos, alguém que aprendeu algo passou a ensiná-lo aos seus semelhantes. Sem formalidade irrompia o ensino que depois se institucionalizaria com as estruturas (legais, físicas e de pessoal) até chegar-se ao que conhecemos no estágio atual. Os docentes, os discentes, os funcionários, os demais envolvidos em processos de ensino-aprendizagem e as próprias instituições de ensino, aos poucos, foram reconhecidos como de importância fundamental na sociedade contemporânea, tanto é que as pesquisas demonstram não existir nação desenvolvida com educação sem qualidade. Ao contrário, países antes atrasados em termos de desenvolvimento, através de grandes investimentos em educação, passaram para patamares mais elevados em termos não apenas de aumento de riqueza, mas igualmente de qualificação de suas instituições e aperfeiçoamento de seu processo civilizatório. Sem desmerecer o justificado sentimento que concebe a profissão do professor como quase “divina” (Deus cria o ser humano e o bom professor contribui para a formação pessoal dele, ou seja, o aperfeiçoamento da obra divina), o fato é que o cotidiano das atividades de ensino determina, em muito, aquilo que um país acaba sendo, bem como a realidade das pessoas individualmente consideradas ou socialmente integradas. Daí a importância do trabalho dos educadores e das educadoras para o educando assimilar conhecimento, entender o mundo que o cerca (em seus aspectos gerais, assim como naquilo que em específico lhe é ensinado, uma profissão, por exemplo). Vale notar que, reconhecidamente, a educação é instrumento de inclusão social, influi no padrão de renda, tendo papel determinante nas escolhas pessoais e nas posturas adotadas individual e coletivamente.

E no ensino superior, principalmente no que tange ao direito, a educação representa fator de diferenciação positiva do profissional, sobretudo em tempos de tendência à diminuição do volume e profundidade dos conteúdos ensinados, e também de exigência (rigor) nas avaliações, a resultar que, na média, quatro entre cada cinco candidatos reprovem na prova da Ordem dos Advogados do Brasil. Inclusive, essa realidade tipicamente brasileira tende a se agravar com as recentes aprovações pelo Ministério da Educação e Cultura

de cursos de tecnólogos em serviços jurídicos, curso este que poderá ser por ensino à distância com duração de dois anos (ou até menos) e que depois poderá ter disciplinas aproveitadas caso o aluno deseje o bacharelado. Ou seja, o ensino precisará formar profissionais do direito que consigam se diferenciar do nível de conhecimento dos técnicos e isso exigirá mais não apenas dos alunos, mas também dos professores.

Entretanto, a tarefa de ensinar (competências e habilidades, o assimilar conhecimento, o pensar e colocar em prática, o formar-se para uma profissão e a vida) não é simples se o objetivo for realizá-la com efetividade. O ser humano é complexo; transmitir-lhe conhecimento com eficiência e provocar o processo pelo qual ele internaliza o que aprendeu e passa a utilizar em suas ações (eficácia do processo) nunca foi algo simples e fácil. Requer a integração e aplicação prática de um arcabouço de conhecimentos científicos para serem alcançados os melhores resultados. E nesse contexto ingressa não apenas o conteúdo jurídico, mas também a pedagogia, esta última como ciência do ensinar, com seus elementos direcionados para compor o conjunto de instrumentos valiosos para o sucesso desse processo ensino-aprendizagem. Detalhe: pedagogia não unicamente no sentido concebido no Brasil, culturalmente associado à educação focada para jovens, concepção que popularmente a tem ligado aos alunos dos primeiros anos escolares e de pouca idade<sup>2</sup>. Primeiro, a noção de juventude se transmutou e, inclusive, tem-se pessoas de mais idade nos bancos escolares, seja em séries iniciais, seja no terceiro grau ou pós-graduação. Ademais, a idade física da pessoa normalmente não corresponde exatamente com a idade mental e o aprender é um processo contínuo, sequencial ao longo da vida, tal como já expusemos. Segundo, a arte (no sentido da técnica ser feita competentemente) de ensinar é útil e pode ser aplicada em qualquer nível escolar (incluindo o ensino do direito), em especial quando a preocupação é contribuir na melhora do aprendizado, para que sejam evitadas as situações de pessoas que se enquadram como “*analfabetos profissionais*”, expressão que vem sendo utilizada tanto para crianças que não aprenderam aquilo que deveriam saber em conformidade com as séries que estão a cursar, quanto para os profissionais que, mesmo depois de formados em uma faculdade, pouco ou quase nada sabem do ofício que deveriam

ter aprendido com um padrão mínimo de profundidade e capacidade de aplicação prática.

No denominado ensino superior, costuma haver uma maior valorização dos conhecimentos técnicos específicos, ou seja, o professor ser um profissional da mesma área (ou de área afim ou interligada com a disciplina que ministra<sup>3</sup>) e que tenha curso(s) de pós-graduação, normalmente também na mesma área de conhecimento que leciona. Raríssimos são os casos de professores que para se aperfeiçoar na docência buscam cursar pedagogia (exceto entre aqueles docentes que lecionam nas licenciaturas ou bacharelados dessa área). E é ainda muito reduzido o número de docentes que se dedicam a cursar pós-graduação *lato sensu* ou *stricto sensu* voltada especificamente para a área da educação. Há aqueles que buscam obter capacitação cursando metodologia do ensino superior, mas não é dos cursos mais procurados. Enfim, reiterando, o foco maior para a docência no terceiro grau tem se centrado primordialmente no conhecimento específico relacionado à área profissional em que o docente leciona; se professor de direito, busca pós-graduação em alguma área dessa mesma ciência; se professor no curso de engenharia, procura se aperfeiçoar mediante pós-graduação nesta mesma área e assim por diante.

A pedagogia é tida não como uma ciência meramente teórica, mas essencialmente voltada para a prática nos ambientes de aprendizagem, e que convoca a ação dos juristas educadores

Seria um contrassenso não valorizar os ensinamentos específicos da área, mas igualmente um desperdício deixar de considerar os ensinamentos da pedagogia como ferramentas para uma mais eficaz transmissão do conhecimento e isso em todos os estágios da formação escolar (ensino fundamental, médio e superior). Vale lembrar que com a pedagogia tem-se também a participação da didática, conjunto que tem potencial para contribuir em muito para um profícuo processo ensino-aprendizagem. No terceiro grau em específico, trata-se de instrumentos valiosos para contribuir no sentido de alcançar-se um

ensino caracterizado pela qualidade, principalmente diante das novas dificuldades a serem enfrentadas, já que os jovens da atualidade (os denominados *millennials*), não apenas pela forma de convivência nas famílias, mas principalmente por sua condição de nativos digitais, aprendem de forma diferente do que as gerações anteriores. Então, nesse novo cenário, é sobre a importância da pedagogia (e da didática) para o ensino superior no curso de direito que discorreremos ao longo deste artigo. Feitas essas considerações, passamos a centrar nossas atenções em aspectos mais específicos, voltados para a análise e, posteriormente, modestas contribuições para a doutrina que visa à evolução dessa área, tudo sempre em conformidade com os desideratos que a sociedade brasileira tenta concretizar – uma forma de legar a esta e às futuras gerações uma educação melhor.

## **II. Pedagogia e didática em seus conceitos e elementos básicos**

Em uma visão considerada clássica e que vem resistindo à passagem do tempo, a educação costuma ser conceituada como “o processo que visa a promover o desenvolvimento do indivíduo através do desencadeamento de todas as suas potencialidades”<sup>34</sup>. Não se trata de um conceito acompanhado de forma unívoca pela doutrina, sendo comum diversidade entre os doutrinadores, incluindo alguns que citaremos ao longo deste trabalho.

Independente dessa circunstância, essa concepção geral pode ser aplicada ao ensino em todos os seus estágios, pois se para a criança as primeiras letras representam o passo a ser superado, já para aquele que alcança o ensino de terceiro grau ou a pós-graduação, o aprofundamento do conhecimento também se constitui em elevado desenvolvimento como indivíduo e com vistas a aproveitar as suas potencialidades e transformar-se em um profissional reconhecidamente capaz. Assim acontece inclusive com os acadêmicos do curso de direito, como resultado de um processo em que, inexoravelmente, são utilizados diversos instrumentos e, quer se expresse ou não, normalmente estão integrados elementos pedagógicos. A pedagogia, portanto, faz parte deste cenário, mesmo que no curso de direito fique um tanto implícita,

sem menção direta, mas presente na fórmula pela qual acontece o processo ensino-aprendizagem.

A pedagogia é reconhecida como ciência, o que significa que tem objeto próprio e suficientemente distinto para estar diferenciada das demais. Recorrendo-se a dicionário tradicional encontra-se a seguinte conceituação:

Pedagogia. 1. Teoria e ciência da educação e do ensino. 2. Conjunto de doutrinas, princípios e métodos de educação e instrução que tendem a um objetivo prático. 3. O estudo dos ideais da educação, segundo uma determinada concepção de vida, e dos meios (processos e técnicas) mais eficientes para efetivar estes ideais. 4. Profissão ou prática de ensinar<sup>5</sup>.

Um ponto que se destaca nessa conceituação é a referência a princípios, doutrinas e métodos de educação e instrução. Os princípios (decorrentes de uma imposição da natureza ou de opção social) normalmente são recebidos como fundamentos consolidados para serem seguidos em todo o sistema. Na pedagogia, eles respondem e, na verdade, representam o que numa analogia se pode configurar como uma espécie de “nau capitânia” que comanda e fornece as diretrizes que devem conduzir todo o sistema, neste caso, para o que se pretende com o ensino. Já as doutrinas são o modo teórico concebido pelos doutrinadores de como pensam ser o modelo ideal, a fórmula pela qual se pretende alcançar o objetivo do ensino-aprendizagem, assim como os métodos ou a configuração do preconizado para ser adotado na prática. Salvo uma nova concepção que os substitua, os princípios não devem ser contrariados, sob pena de negar-se todo o sistema, enquanto a doutrina e os métodos encetados para cumprimento dos primeiros – e que respondem a eles – podem ser diversos, alterados ou trocados em busca de um melhor resultado.

Aproximando essa análise ao ensino do direito, observe-se que a conceituação de pedagogia apresentada por Maria Helena Diniz em seu dicionário jurídico não se distancia do conceito recém-apresentado: “*Ciência da educação que analisa os sistemas e os procedimentos educacionais, **dirigindo-se a ação do educador***” (grifo nosso)<sup>6</sup>.

Pois bem, nessa visão, a pedagogia é tida não como uma ciência meramente teórica, mas essencialmente voltada para a prática nos ambientes de aprendizagem, e que convoca a ação dos juristas educadores. E nesse ponto ingressa a didática, que, segundo a mesma doutrinadora, liga-se ao direito educacional e é a “*parte da pedagogia que visa o ensino e a aprendizagem*”<sup>7</sup>.

Partindo essa afirmação de uma eminente doutrinadora, pode-se perceber que quanto ao ensino do direito também é válida essa concepção, consentânea, inclusive, com a opinião de educadores como José Carlos Libâneo, que na apresentação de sua obra intitulada *Didática* disse adotar o ponto de vista de que esta é uma matéria-síntese por agrupar organicamente os conteúdos das demais matérias que estudam os aspectos da prática educativa escolar, razão pela qual referiu:

A ciência que investiga a teoria e a prática da educação nos seus vínculos com a prática social global é a Pedagogia. Sendo a Didática, uma disciplina que estuda os objetivos, os conteúdos, os meios e as condições do processo de ensino tendo em vista finalidades educacionais, que são sempre sociais, ela se fundamenta na Pedagogia; é, assim, uma disciplina pedagógica<sup>8</sup>.

O direito é uma ciência social; está inserido em um contexto de uma sociedade e deve atender aos fins sociais. Desse modo, mesmo que, ao tratar da didática, o mencionado autor tenha se referido ser matéria de integração de conhecimentos, no caso, das chamadas ciências pedagógicas (filosofia da educação, psicologia da educação, sociologia da educação e outras correlatas<sup>9</sup>), não vemos inconveniência em transpor essa visão para o ensino do direito. Cabe observar que o direito reúne uma quantidade imensa de conhecimentos sobre lei, jurisprudência, justiça e a própria noção de direito em si, conhecimentos estes insertos em disciplinas específicas (direito civil, direito penal, processual, tributário, de família, filosofia do direito, sociologia do direito, sendo que algumas instituições ensinam também economia política, antropologia, dentre muitas outras), as quais, na prática, precisam ser ensinadas de modo técnico, em conformidade com o

direito estatuído em nosso país, e também de forma didática. Ou seja, tal como mencionou José Carlos Libâneo, que esteja conforme com os objetivos, os conteúdos, os meios e as condições de ensino, tudo para que seja alcançado o aprendizado.

Note-se a advertência da professora Vera Maria Candau de que, advindas principalmente de alguns professores dos graus mais elevados de ensino, existem críticas a respeito do papel da didática e que, segundo estes, sua prática seria inócua ou até prejudicial, sendo suficiente o domínio do conteúdo específico da área (direito, economia, medicina etc.) para ser bom professor<sup>10</sup>. Cremos, entretanto, que essas contestações não são justificadas e não se comprovam no cotidiano do que acontece nos cursos de direito. Para o exercício competente da docência não basta ao professor limitar-se a verificar a ementa e dominar os conteúdos previstos nela. A atividade de ensinar requisita que seja utilizada a técnica adequada para transmitir a matéria. Inclusive, saliente-se que, de parte do professor, conhecimento de conteúdo não significa capacidade de comunicação e de ensinar. E comunicação não significa transmissão adequada para que os ensinamentos sejam internalizados pelo educando, afinal comunicação não é o que a pessoa fala, mas sim o que o outro entende. Então, a transmissão do conteúdo, o ensinar em si, precisa proporcionar que o aluno não apenas assimile o que lhe foi ensinado, mas que avance, sendo capaz de ir além da simples memorização, alcançando inclusive a possibilidade de raciocinar com o que aprendeu. Aprender pressupõe a capacidade de decompor e compor conceitos, bem como aplicar aquilo que foi ensinado. Observe-se que em ensino muito elitizado (para poucos, em nível muito alto), o tecnicismo (no sentido de domínio exclusivamente do conteúdo puro ou matéria objeto de ensino, no caso algum ramo do direito) pode apresentar bons resultados e passar a impressão de que é suficiente para que o ensino signifique aprendizado. Contudo, essa condição excepcional não corresponde com a realidade do que acontece na

A atividade  
de ensinar  
requisita que  
seja utilizada  
a técnica  
adequada  
para transmitir a  
matéria

soberba maioria das mais de mil escolas de direito que existem no Brasil. E, muito menos, com a situação vivenciada pelos bacharéis recém-formados (na série histórica, a aprovação no exame da OAB vem sendo de apenas 56%, mas 75% destes aprovados só o consegue em média na terceira tentativa, e isso que 64% dos candidatos faz cursinhos preparatórios<sup>11</sup>). Esse panorama afeta inclusive os cursos de pós-graduação *lato sensu*, nos quais simplesmente transmitir conteúdo sem utilizar as melhores técnicas inviabiliza alcançar os resultados pretendidos.

Essas constatações deixam indelével que, mesmo no ensino de conteúdos mais específicos e especializados como os do curso de direito, não convém para aqueles que se dedicam a docência nas faculdades dispensar ou prescindir dos ensinamentos que a didática, como parte da ciência da pedagogia, disponibiliza para servirem como “instrumentos” ou “ferramentas” a fim de viabilizar a melhor consecução do processo ensino-aprendizagem.

### **III. O ensino do direito e suas características**

Antigamente o direito utilizava muitos termos em latim, prática que foi abandonada, inclusive por força de norma legal. Entretanto, forjou-se a expressão “*juridiquês*”, um neologismo frequentemente utilizado para designar a utilização (quando não, excessiva) de termos muito técnicos, muito específicos, e não de uso corrente e compreensão pela maioria da população. Ocorre que o direito é uma ciência social e a sociedade se transmuda continuamente. A razão está no fato dele ser influenciado por aspectos culturais e momentos ideológicos, assim como por concepções diversas por parte das pessoas, afinal elas não são iguais e não pensam todas da mesma forma. Por isso, se formalmente se afirma que as principais fontes do direito são a lei, a jurisprudência, a doutrina e o costume, em paralelo se entende que lei, direito e justiça não são iguais (ou a mesma coisa, pois a norma advinda do Poder Legislativo não representa todo o direito e nem mesmo justiça; basta ver leis imorais que vigem no Brasil). Então, a complexidade dessa área faz com que a linguagem seja muito específica e que o domínio dos conteúdos e do conhecimento em si não seja simples, trazendo natural

dificuldade em sua transmissão, principalmente para aprendizagem efetiva. Requer, portanto, qualidade no lecionar.

A crise no ensino jurídico no Brasil vem sendo debatida principalmente a partir da última década do século 20, seja devido ao já mencionado índice de reprovação dos bacharéis nos exames da OAB, seja em razão da consciência de que o direito tem uma importância social inigualável e indispensável para poder ser relegado a patamares inferiores de qualidade em seu processo ensino-aprendizagem. Essa preocupação foi manifestada em 1991, resultando na criação da Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB e, por parte do MEC, na criação da Comissão de Especialistas de Ensino do Direito. Com origem nesta última, foram programados encontros como o que aconteceu em dezembro de 1993, na cidade de Brasília, intitulado “Seminário Nacional dos Cursos Jurídicos”, evento do qual emergiram, dentre outras, conclusões como estas cujo teor segue:

1. O Curso Jurídico, tanto em suas matérias fundamentais quanto nas profissionais, deve propiciar sólida formação técnico-jurídica e sociopolítica.
2. A reflexão teórico-doutrinária do Direito deve também ser direcionada para a construção de um saber crítico que possa contribuir para a transformação e a ordenação da sociedade<sup>12</sup>.

Percebe-se nessa prescrição um sentido que ultrapassa o de dar conhecimento de conteúdos, destacando-se a preocupação em formar profissionais com capacidade de analisar as realidades e sua correspondência com o direito posto, bem como ir além, sendo o educando capaz de atividade criativa em prol da evolução da sociedade. Muito embora não seja conveniente se entusiasmar com o que doutrinadores têm denominado de “ensino crítico” ou de formar um “aluno crítico”, algo muito subjetivo e não bem definido, ou mesmo interpretado por muitos com sendo formar um acadêmico com capacidade simples de questionar o que lhe é apresentado, o fato é que não se espera de um professor de direito que faça da sua docência uma mera transmissão de conteúdos, limitando-se a apresentar aos alunos um direito estático, passivo, conformado/resignado com o *statu quo*. A

se aceitar essa expressão “ensino crítico”, há que se adotar sua melhor leitura e interpretação consentânea com a realidade contemporânea; no caso, como um ensino tão eficiente e eficaz que torne o educando apto para a compreensão do que está sendo transmitido, avançando da simples memorização para a análise, a reflexão e, quando oportuno, para o possível uso (inclusive criativo), sempre caracterizado pela racionalidade impregnada dos mais elevados valores (civilizatórios, morais, éticos). E a menos que se esteja diante de um docente autodidata afortunadamente dotado, essa tarefa não é simples, sendo apropriado que este, tanto quanto possível, conte com profundos conhecimentos específicos da área jurídica e os leccione com a aplicação das melhores técnicas indicadas nos conhecimentos didáticos/pedagógicos direcionados para a área.

Acrescente-se ainda que, decorrendo de eventos como o seminário recém-referido, depois da especificação de medidas visando à melhoria da qualidade do ensino nos cursos de direito, foram estabelecidas como propostas a título de conclusões encaminhadas ao MEC, dentre outras, as seguintes recomendações:

1. Devem ser propiciadas condições para a qualificação e capacitação do corpo docente segundo os parâmetros indicados.
  - 1.1 Recomenda-se a titulação acadêmica do corpo docente para o exercício do magistério, sendo fundamental que se exija dos professores pelo menos curso de especialização na impossibilidade de curso de Pós-Graduação *stricto sensu*.
  - 1.2 Recomenda-se a frequência a **curso de formação pedagógica** a todos os professores, oferecidos ou não pela instituição, inclusive aos portadores de títulos de Mestre ou Doutor<sup>13</sup>. (grifo nosso)

Justificadamente, foi um grupo de especialistas com sólida reputação que fez essas recomendações, acertadamente encaminhadas ao MEC, demonstrando preocupação que não é de todo nova, porém de permanente relevância. Inequivocamente, para o competente exercício da docência em cursos de direito, é fundamental aliar-se formação técnica de nível elevado (com pós-graduação em direito) com formação pedagógica advinda de curso formal nessa área.

Então, embora essa última recomendação (1.2) não tenha adquirido caráter de obrigatoriedade e existam muitos professores de direito atuando sem formação alguma na área pedagógica, outros buscaram licenciatura na área da pedagogia (principalmente docentes de algumas instituições públicas, como aconteceu anos atrás no Paraná). Outros foram direto se especializar cursando pós-graduação (*lato sensu*) em metodologia do ensino superior ou, ainda, em menor número, concluindo mestrados e doutorados em educação.

Válidas essas iniciativas, mas também igualmente valiosa a alternativa representada pela formação mediante o curso de pedagogia em nível de bacharelado. Um detalhe: nesse sentido, convém que, sem olvidar as preocupações com o ensino nas séries do fundamental e médio, exista também nesse curso, em acréscimo, preocupação com o foco em formar profissionais com conhecimento para lecionar nas instituições que ministram cursos de terceiro grau, incluindo as faculdades de direito. Essa providência tem potencial para representar uma contribuição meritória não somente para incrementar a qualidade do ensino nesses cursos, mas inclusive em sentido social, afinal é comum que o profissional bacharel em direito e em pedagogia utilize seus conhecimentos desde seu lar no trato com os filhos até em muitas outras situações sociais.

A licenciatura já representa um primeiro passo na formação, mas conquanto ministre ensino de qualidade e esteja adequado às exigências da realidade atual (como se explicitará na sequência), o curso de pedagogia, por certo, tem os requisitos para representar um acréscimo significativo na competente formação do professor de direito.

#### **IV. Ensino do direito e a pedagogia sob novo enfoque**

Contar a história das ideias pedagógicas no Brasil desde seus primeiros anos após o descobrimento e alcançando até o início deste século revela uma variedade de doutrinas. A palavra “ideia” remete à ideologia, e não foram poucos os renomados educadores que ao estilo de Paulo Freire – vide “Pedagogia da Autonomia: saberes necessários a prática educativa”<sup>14</sup> –, ao abordar a educação em si, remeteram para reflexões sobre a função do ensino, o modo de ensinar e a inerente

visão ideológica influenciadora da constituição e da organização da sociedade, tal quando este afirmou que “*formar é muito mais do que puramente treinar o educando no desempenho de destrezas*”. E que “*quem observa o faz de um certo ponto de vista, o que não situa o observador em erro. O erro na verdade não é ter um certo ponto de vista, mas absolutizá-lo e desconhecer que, mesmo do acerto de seu ponto de vista é possível que a razão ética nem sempre esteja com ele*”<sup>15</sup>.

Nesse contexto, então, como narrou Demerval Saviani, modelos embasados em ideias pedagógicas – doutrinas e teorias<sup>16</sup> – sucederam-se desde o Brasil colônia, as quais o referido autor cita como entre as principais: a pedagogia brasílica, a pedagogia jesuítica, as ideias pedagógicas do despotismo esclarecido, as leigas (ecletismo, liberalismo e positivismo), a pedagogia intitulada nova, a pedagogia tecnicista e o neoprodutivismo (com suas variantes, neoescolanovismo, neoconstrutivismo, neotecnicismo)<sup>17</sup>.

Por sua vez, Maria Amélia Santoro Franco, em uma visão exposta já neste século, buscou traçar as características essenciais de um curso de pedagogia e do perfil daquele profissional que nele se forma, condição para que este último utilize proficuamente seus conhecimentos na tarefa de ensinar:

Deverá, por certo, ser preocupação do curso de pedagogia a formação de um pedagogo como profissional crítico e reflexivo, que saiba mediar as diversas relações inerentes à prática educativa e as relações sociais mais amplas, bem como articular as práticas educativas com a formalização de teorias críticas sobre essas práticas, sabendo detectar as lógicas subjacentes às teorias aí implícitas.

Esse profissional deverá ser investigador educacional por excelência, pressupondo, para esse exercício, o caráter dialético e histórico dessas práticas. Assim, o pedagogo será aquele profissional capaz de mediar teoria pedagógica e a práxis educativa e deverá estar comprometido com a construção de um projeto político voltado à emancipação dos sujeitos da práxis na busca de novas e significativas relações sociais desejadas<sup>18</sup>.

Mesmo que seja conveniente abstrair-se as considerações com elevado matiz ideológico<sup>19</sup>, há que se concordar que o pedagogo é formado não exclusivamente para lecionar nesse tipo de curso (pedagogia), sendo que aquele que se dedica à docência em curso de direito, que é uma ciência social (e a justiça busca primordialmente a paz social), também tem um compromisso com a tarefa de transformação social para melhor. E nesse afã precisa realmente mediar uma espécie de interação entre as teorias e as práticas, entre o que é advindo da pedagogia e o que integra o jurídico. Trata-se de um processo em adequação permanente, pois, como a sociedade segue se transformando e o conhecimento avança, nunca houve uma doutrina ou teoria que alcançasse a unanimidade e assumisse a hegemonia em caráter definitivo. Assim, a conjuntura surgida no século 21 induz e indica que, quanto à pedagogia (ideias predominantes e prática, inclusive didática), se deva considerar perspectivas novas, consentâneas com a realidade encontrada nas escolas, no caso específico para este estudo, nos cursos de direito.

Nas escolas brasileiras há estudantes de todas as idades (pelo menos a partir dos sete anos), mas quando se trata do curso de direito, a maioria dos acadêmicos normalmente tem menos de trinta anos. Então, principalmente voltados para eles, teceremos algumas considerações.

Ao longo deste texto, insistimos quanto à importância da qualificação do professor de direito. Mas qual deve ser a formatação que a pedagogia e a didática (enquanto parte dela) devem apresentar para contribuir verdadeiramente nesse tipo de ensino? Como é ensinar nativos digitais, captar a atenção deles superando a concorrência dos eletrônicos e seus aplicativos, em especial as redes sociais? E isso não apenas nas tarefas em sala de aula, mas também no aprendizado que deve acontecer fora dela. Como esses jovens aprendem?

Vários estudiosos, autênticos cientistas, se debruçaram em estudos para tentar desvendar questões complexas relacionadas ao funcionamento do cérebro. Entre estes, Daniel Kahneman (prêmio Nobel de Economia), que por muitos anos trabalhou em conjunto com Amos Tversky (outro renomado pesquisador) baseando-se em progressos recentes na psicologia cognitiva e social, e buscou entender o funcionamento da mente, inclusive o modo como fazemos nossas

escolhas (racionais ou não, estas últimas em grande número)<sup>20</sup>. Desse conhecimento emergiram informações novas de como o cérebro funciona e naturalmente, como consequência, descortinaram um entendimento maior de como o ser humano atual aprende.

Outro destaque como cientista, Ramon M. Cosenza, igualmente estudou o funcionamento do cérebro e também chegou à conclusão de que a maioria dos nossos processos mentais são inconscientes e que, surpreendentemente, poderíamos mesmo considerar a existência não unitária, mas simultânea, de duas mentes em um ser humano. A razão está, segundo o referido pesquisador, em que todas as pessoas possuem dois tipos de cognição, duas formas de processar informações que estão ligadas a funcionamentos neuropsicológicos distintos no interior do cérebro<sup>21</sup>.

Daniel Kahneman e Amos Tversky conduzem suas explicações informando que todos temos na mente o que pode ser chamado de Sistema 1 e Sistema 2, sendo que somente quando a informação passa do primeiro e também é internalizada no segundo é que realmente aprendemos<sup>22</sup>. O Sistema 1 incorpora o que é mais simplificado, aquilo que normalmente é automatizado e que não precisamos raciocinar para fazer, tal como caminhar. Já o Sistema 2 é o do raciocínio, da racionalidade. E o direito, além de vasto, é bastante complexo, requerendo para seu aprendizado que entre em cena o Sistema 2.

Com o mesmo sentido, mas entendendo como um processo, Ramon M. Cosenza, ao estudar a problemática da racionalidade humana, refere-se ao Sistema 1 e ao Sistema 2, mas acrescenta uma concepção mais recente com a designação de processamentos do Tipo 1 e processamentos do Tipo 2<sup>23</sup>.

Analisar a vasta obra desses brilhantes cientistas demandaria outro trabalho muito mais longo, mas desde logo concordamos com a conclusão advinda das pesquisas efetivadas por eles, de que a *aprendizagem* é, basicamente, resultado do aparecimento de novas ligações sinápticas nos circuitos neuronais existentes no cérebro das pessoas.

Nesse sentido, Leonor B. Guerra conjuntamente com o próprio Ramon M. Cosenza expressam:

A aprendizagem pode levar não só ao aumento da complexidade das ligações em um circuito neuronal, mas também à associação de circuitos até então independentes. É o que acontece quando aprendemos novos conceitos a partir de conhecimentos já existentes. A inatividade, ou uma doença, podem ter efeitos inversos, levando ao empobrecimento das ligações entre os mesmos circuitos.

A grande plasticidade no fazer e no desfazer as associações existentes entre as células nervosas é a base da aprendizagem e permanece, felizmente, ao longo de toda a vida. Ela apenas diminui com o passar dos anos, exigindo mais tempo para ocorrer e demandando um esforço maior para que o aprendizado ocorra de fato.<sup>24</sup>

Essas premissas em muito se relacionam com a atividade do professor, que a par de ministrar os conteúdos técnicos do direito precisará fazer essa transmissão de modo que esse conhecimento se integre no processo de surgimento de novas sinapses neuronais ou aumento da complexidade das já existentes e, ainda, provoque associação de circuitos até então independentes. E tudo concorrendo com agentes captadores da atenção dos alunos, como celulares, tablets, notebooks, incluindo as redes sociais e aplicativos com as mais diversas finalidades, tecnologias que salvo em casos muito específicos de programas educativos, pouco ou nada acrescentam em termos deste conhecimento (o uso que a maioria dos alunos faz serve mais à dispersão da atenção e normalmente demanda tão somente o Sistema 1). Isto é, “roubam” a concentração para aquilo que está sendo ensinado, não acontecendo a inserção em nível mais profundo, o do verdadeiro aprendizado.

Mas os próprios autores antes referidos, à guisa de informação, forneceram algumas orientações úteis com potencial para servir, em parte, de guia preliminar para balizar o trabalho do professor:

Devemos ter em mente que o cérebro é um dispositivo aperfeiçoado pela natureza ao longo de milhões de anos de evolução com a finalidade de detectar no ambiente os estímulos que sejam importantes para a sobrevivência do indivíduo e da espécie. Ou

seja, o cérebro está permanentemente preparado para apreender os estímulos significantes e aprender as lições que daí possam decorrer. Essa é uma boa notícia para os professores, ao mesmo tempo em que é, talvez, o maior desafio que têm no ambiente escolar. Podemos dizer que o cérebro tem uma motivação intrínseca para aprender, mas só está disposto a fazê-lo para aquilo que reconheça como significativo. Portanto, a maneira primordial de capturar a atenção é apresentar o conteúdo a ser estudado de maneira que os alunos o reconheçam como importante.

O filósofo Sêneca, há cerca de 2 mil anos, dizia que nos primeiros anos se aprendia mais para a escola que para a vida e esse é um problema que chegou até nossos dias. A sobrevivência, na escola, pode significar simplesmente aprender para passar na prova. E depois, rapidamente, esquecer.

Quem ensina precisa ter sempre presente a indagação: por que aprender isso? E em seguida: qual a melhor forma de apresentar isso aos alunos, de modo que eles o reconheçam como significativo? Terá mais chance de ser significativo aquilo que tenha ligações com o que já é conhecido, que atenda a expectativas ou que seja estimulante e agradável. Uma exposição prévia do assunto a ser aprendido, que faça ligações do seu conteúdo com o cotidiano do aprendiz e que crie as expectativas adequadas é uma boa forma de atingir esse objetivo.

Um ambiente estimulante e agradável pode ser criado envolvendo os estudantes em atividades em que eles assumam um papel ativo e não sejam meros expectadores. Lições centradas nos alunos, o uso da interatividade, bem como a apresentação e a supervisão de metas a serem atingidas são também recursos compatíveis com o que conhecemos do funcionamento dos processos atencionais.

Por outro lado, o manejo do ambiente tem grande importância. A minimização de elementos distraidores e a flexibilização dos recursos didáticos, com o uso adequado da voz, da postura e de elementos como o humor e a música podem ser essenciais, principalmente para estudantes de menor idade, mas também para plateias mais maduras. É bom lembrar que a novidade e o contraste são eficientes na captura da atenção.

Sabemos que a manutenção da atenção por um período prolongado

exige a ativação de circuitos neurais específicos, e que, após algum tempo, a tendência é que o foco atencional seja desviado por outros estímulos do ambiente ou por outros processos centrais, como novos pensamentos, por exemplo. Portanto, exposições muito extensas dificilmente serão capazes de manter por todo o tempo o foco atencional, sendo importante dividi-las em intervalos menores. Isso pode ser feito por meio de pausas para descanso, por intermédio do humor, de modo a provocar relaxamento, ou pela divisão do tempo disponível em diferentes estratégias pedagógicas, ou módulos, em que o foco atencional possa ser dirigido para os aspectos específicos do conteúdo apresentado<sup>25</sup>.

Com razão os referidos doutrinadores. Os professores de direito penal, por exemplo, sabem o quanto é difícil os alunos compreenderem um júri popular explicado unicamente de forma oral, com uso de lousa ou até com auxílio de *datashow* ou vídeo. Entretanto, quando os alunos recebem as explicações e realizam, ou melhor, atuam em um júri popular simulado assumindo as funções de juiz, promotor, advogados de defesa e assistentes de acusação, jurados e serventuários, normalmente, além de realmente aprenderem, têm um momento marcante em sua trajetória universitária<sup>26</sup>.

Perceba-se que surgiu uma mudança radical: as tão propaladas novas exigências educacionais, na verdade, devem ser a resposta correspondente da ciência do ensinar às novas contingências trazidas em razão do perfil dos educandos atuais, ou seja, dos alunos dos cursos de direito, em sua maioria, nativos digitais (afeitos à sociedade do espetáculo, com inerentes dificuldades de concentração e foco, já que facilmente têm a atenção dispersa). Não se trata do professor se resignar e capitular diante de alunos irrequietos, muitos, com frequência, permanentemente *online*<sup>27</sup> e sem concentração para o que está sendo ensinado. As gerações que antigamente chegavam à faculdade tendo o aprender como um dever seu e sentindo-se envergonhados em caso de desempenho pífio praticamente não existem mais na realidade brasileira. Há alunos comprometidos e concentrados em suas tarefas discentes, mas atualmente o professor concorre com as já mencionadas novas tecnologias, além do que, grande parte dos acadêmicos incorpora

a personificação do aluno “cliente” para o qual o dever de atrair cabe ao professor, e se este não se desincumbir, acreditam ser falha exclusiva do docente encarregado da tarefa de ensinar. E não adianta o professor ser saudosista e ficar esperando em sala de aula turmas com perfis que, salvo raras situações, não mais são encontrados nos cursos de direito e nem mesmo na sociedade atual. É uma árida realidade estabelecida, a demandar transformação.

Então, alcançar a mente desses alunos para que eles realmente aprendam é o novo desafio das práticas de ensino, precisando a pedagogia estar adequada, apontando como explicar/ensinar, como fazer/praticar, como realmente fixar o conteúdo (provocar que ingresse no Sistema 1 da mente, mas que se incorpore também no Sistema 2) e como avaliar (fazendo da avaliação contínua um instrumento de aprendizagem). Tudo contribuindo para melhorar a condição do aluno ao qualificar e tornar apto o professor do século 21<sup>28</sup>, a quem é atribuída enquanto vocação a tarefa de ensinar com efetividade. Seria uma injustiça e uma grande temeridade, talvez até inconsequente em termos intelectuais, descartar os ensinamentos de clássicos como Jean Piaget, Lev S. Vygotsky, Henri Wallon e outros grandes doutrinadores citados ao longo deste estudo, os quais explicitaram individualmente as suas visões sobre o que entendiam ser educação e, por consequência, o aprendizado, suas formas e modos de acontecer. Entretanto, há uma realidade posta que clama para que os professores atuais não fiquem despreparados e desamparados. Experiências já existem e seguem sendo realizadas<sup>29</sup> no sentido de encontrar as melhores fórmulas, desde a escolha do perfil dos membros do corpo docente (professores com formação e disposição para adotar as novas práticas mais eficientes) até o ensino em si.

A técnica recomenda que nenhum professor ministre teoria sem combinar com alguma aplicação prática do que está sendo ensinado, e tudo mediante métodos pedagogicamente corretos. A estratégia é procurar ensinar envolvendo o maior número de sentidos possíveis (visual com imagens, som quando possível etc.). Um exemplo: se o professor de direito do consumidor for utilizar um estudo de caso envolvendo a legislação referente à rotulagem dos produtos, é recomendável trazer esses produtos para a sala de aula, de modo que o

aluno possa ver aquilo que nas normas e na doutrina figura de forma abstrata. Então, o estudante poderá ter noção mais completa dessa problemática que envolve fornecedor e consumidor, incluindo como inserir, com tamanho mínimo de letra e destaque, todas as informações previstas na legislação, em produtos de diversos volumes e formatos, e poderá entender que o contido na rotulagem faz parte das informações que precisam ser prestadas com veracidade e clareza, a fim de que sejam compreendidas pelo destinatário final desses bens (consumidor). Aliás, esse tipo de técnica não é uma metodologia completamente nova<sup>30</sup>, pois de longa data se sabe que os estudos de caso ou a aprendizagem baseada em problemas (PBL) podem ser bastante úteis para ensinar desde que adaptadas (“costumizadas”) à realidade atual. Ao elencar essas vantagens, Luis Roberto de Camargo Ribeiro menciona:

A literatura mostra que o PBL em seu formato original contempla simultaneamente os seguintes objetivos educacionais: (a) aprendizagem ativa, por meio da colocação de perguntas e buscas por respostas; (b) aprendizagem integrada, por intermédio da colocação de problemas para cuja solução é necessário o conhecimento de várias subáreas; (c) aprendizagem cumulativa, mediante a colocação de problemas gradualmente mais complexos até atingir aqueles geralmente enfrentados por profissionais iniciantes; e (d) aprendizagem para a compreensão, em vez de para a retenção de informações, mediante a alocação de tempo para a reflexão, feedback frequente e oportunidades para praticar o que foi aprendido<sup>31</sup>.

Trabalhar com os problemas práticos, então, pode representar uma fórmula muito interessante no ensino do direito. E se pode mencionar, também, incluir as séries iniciais nos trabalhos do Núcleo de Prática Jurídica (atualmente, com poucas horas de estágio e apenas para alunos das últimas séries), começando por tarefas simples como análise jurisprudencial, até o aluno ter capacidade de elaborar peças processuais e participar de atividades práticas ligadas/relacionadas ao exercício que possivelmente virá a ter quando profissional<sup>32</sup>. Enfim, vale adotar estratégias para ensinar segundo as exigências dos tempos

atuais, buscando aliar um conjunto de teoria e prática, aproveitando o lado bom dos recursos tecnológicos e realmente direcionando as atividades para obter um processo ensino-aprendizagem competente, o que requer uma internalização no já referido Sistema 2 da mente.

No Brasil, há dificuldades por certo, já que se sabe de problemas de mercado envolvendo as faculdades de direito que vêm mercantilizando a educação, dominadas por grandes grupos nacionais com ou sem investidores internacionais, grupos que estudaram as facilidades da legislação brasileira e a fragilidade da fiscalização (incluindo uma regulação pouco efetiva) e aqui, de forma totalmente antiética, vieram

Trabalhar com os problemas práticos pode representar uma fórmula muito interessante no ensino do direito

com o propósito de fazer o mínimo e lucrar o máximo, sem real compromisso com a boa formação dos estudantes. Mas se espera que isso seja passageiro, que o capital, que não tem pátria ou compromisso de cunho humano se vá da educação brasileira, propiciando a chance de que as escolas voltem a ser dirigidas por verdadeiros educadores (e não pessoas com perfil mais típico de um gestor de capital mercadologicamente agressivo).

Independente disso, entretanto, olvidando a questão econômica, aqueles que de fato são educadores devem estar aptos para atuar nesse cenário tão diferenciado que se formou neste século. E a pedagogia, laborando com o que a ciência ensina ser o aprendizado, bem como a didática em especial (como principal ramo da primeira) precisam aprofundar suas pesquisas para, de acordo com a conjuntura atual e os avanços científicos, verdadeiramente encontrar os fundamentos, as condições e modos de realizar mais eficientemente a instrução e o ensino. Orientar atividades planejadas e construídas de forma a se enquadrarem, tanto quanto possível, nos moldes e formas pelas quais, nas gerações atuais, o cérebro aprende. Enfim, contribuir com o conhecimento sobre as práticas educativas mais adequadas (incluindo os elementos teóricos e a prática em si), representando instrumento para que o atual ensino do direito se efetive satisfatoriamente, ministrado por docentes capacitados como profissionais competentes,

com qualidades técnicas, humanísticas e pessoais que permitam afirmar ter havido nesse processo o meritório cumprimento da função social almejada.

## **V. Conclusões derradeiras**

Prescindir de instrumentos que possam contribuir para a melhora do ensino que se pretende de qualidade, inclusive em cursos específicos como o de direito, representaria uma escolha temerária, afinal há um compromisso com os alunos de bem formá-los para o exercício da profissão e até como cidadãos. Mobiliza-se toda uma estrutura física e de pessoal nesse intento que deve ser concebido e executado com a utilização de todos os recursos que possam estar ao alcance. E nesse ponto, a qualificação do corpo docente impele para o incentivo e a obtenção – por parte dos professores – de conhecimentos em pedagogia (didática incluída), como a melhor forma de serem ministrados os conhecimentos na área específica, neste caso, do direito, conforme analisamos.

Assim, de todo o exposto, emergem conclusões no sentido de que: a) o processo ensino-aprendizagem é complexo e requer técnica elevada e competente realização para que, efetivamente, promova a real qualificação profissional do aluno que cursa e conclui o terceiro grau, em especial na área do direito; b) a qualidade do ensino em um curso de direito depende em muito da qualificação de seu corpo docente; c) a pedagogia como ciência da educação (incluída nela a didática) relaciona-se com o ensino em múltiplas áreas incluindo o direito, na medida em que proporciona conhecimentos que se constituem em instrumentos valiosos para que, nas atividades do referido curso, realmente se concretize um processo ensino-aprendizagem de qualidade, efetivo e eficaz; d) é fundamental, para ambos os cursos (pedagogia e direito), acolher e colocar em prática os ensinamentos da ciência sobre como o cérebro aprende; e) e, finalmente, para o professor de direito os conhecimentos específicos são fundamentais, mas igualmente a formação ou, pelo menos, a utilização de técnicas advindas da pedagogia tem um valor enorme para a melhora da qualidade do processo ensino-aprendizagem, de modo que se caracterize pela eficiência e eficácia.

A missão é formar pessoas que, enquanto profissionais direcionados à área jurídica (seja como juiz, promotor ou advogado, seja na docência ou como doutrinador), destaquem-se pela competência, pela capacidade transformadora, pela visão humanística e pela influência para, nos termos do artigo 3º da Constituição Federal brasileira, contribuir na construção de uma sociedade *livre, justa e solidária*, objetivo fundamental do estado democrático de direito.

## Notas

1. Oscar Ivan Prux. Pós-Doutorando na FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1995). Especialista em Teoria Econômica. Membro e Titular Fundador do Centro de Letras Artes e Ciências do Vale do Ivaí. Professor convidado na Escola de Magistratura.
2. Observe-se que esse aspecto cultural de associação a jovens transparece já na primeira conceituação da palavra pedagogia encontrável no Google a qual, textualmente, diz: “ciência que trata da *educação dos jovens*, que estuda os problemas relacionados com o seu desenvolvimento como um todo” (grifo nosso). PEDAGOGIA. Disponível em: <https://www.google.com.br/search?q=Dicion%C3%A1rio#dobs=pedagogia>. Acesso em: 15 ago. 2017.
3. Na prática, o professor que como advogado atua como tributarista costuma lecionar direito tributário, o que é criminalista prefere lecionar direito penal ou processual penal, o que se dedica as questões familiares busca o direito de família, etc.
4. A esse respeito, se pode consultar: ENCYCLOPAEDIA Britannica do Brasil Publicações Ltda. São Paulo: Companhia Melhoramentos de São Paulo, 1976. p. 3.609.
5. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1.523.
6. DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4. p. 549.
7. DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2. p. 131.
8. LIBÂNEO, José Carlos. *Didática*. São Paulo: Cortez, 1994. p. 16.
9. LIBÂNEO, 1994, p. 11.
10. CANDAU, Vera Maria (Org.). *A didática em questão*. 29. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.
11. FAJARDO, Vanessa. 75% dos aprovados na OAB tentam até três exames, diz pesquisa sobre carreira de direito. *Globo G1 Educação*, ago., 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/guia-de-carreiras/noticia/75-dos->

- aprovados-na-oab-tentam-ate-tres-exames-diz-pesquisa-sobre-carreira-de-direito.shtml. Acesso em: 16 ago. 2017.
12. RODRIGUES, Horácio Wanderlei; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Ensino do direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 36.
  13. Rodrigues; Junqueira, 2002, p. 38.
  14. FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996. p. 14.
  15. *Ibidem*.
  16. Reconhecido internacionalmente por sua participação como professor de “Aprendizagem ao longo da vida”, o nórdico Knud Illeris, por exemplo, em obra que se recomenda a leitura por versar sobre as principais teorias da aprendizagem em uma visão mais contemporânea e pautada em superar a simples aquisição de conhecimento e habilidades, após conceituar que aprendizagem é “qualquer processo que, em organismos vivos, leve a uma mudança permanente em capacidades e que não se deva unicamente ao amadurecimento biológico ou ao envelhecimento”, reconhece a importância de se laborar com abordagens múltiplas à inteligência, os problemas normais da aprendizagem e as questões relacionadas às convicções culturais subjacentes, tudo levando em conta condições psicológicas, biológicas e sociais. Ou seja, um permanente repensar da aprendizagem enquanto elemento substancial da educação. KNUD, Illeris (Org.). “*Teorias contemporâneas da aprendizagem*”. Porto Alegre: Penso, 2013. p. 10, 16.
  17. SAVIANI, Demerval. *Histórias das ideias pedagógicas no Brasil*. 2. ed. Campinas/SP: Autores Associados, 2008.
  18. FRANCO, Maria Amélia do Rosário Santoro. *Pedagogia como ciência da educação*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 110.
  19. Anteriormente, neste trabalho, já fizemos referência ao que entendemos quanto ao denominado “*ensino crítico*”. Neste ponto, acrescentamos comentários quanto à expressão “*construção de um projeto político voltado à emancipação dos sujeitos*”. Sim, entendemos que aquilo que acontece na “*polis*” (cidade) é político (inclui-se na “*gestão da polis*”) e que a educação está muito relacionada com a emancipação do sujeito. Entretanto, acreditamos que o estudo em si e praticamente por si só tem potencial de dar melhor condição social às pessoas, sem que se precise utilizar o proposto por teorias emancipatórias ditas críticas (mas meramente isso) ou recorrer à aplicação de concepções próximas ou mesmo ligadas ao marxismo. Essa diferença de visão sobre causas e efeitos, todavia, não obscurece as assertivas da referida doutrinadora, que merecem permanecer válidas, mas por outros fundamentos.
  20. KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 19.
  21. COSENZA, Ramon M. *Por que não somos racionais: como o cérebro faz escolhas e toma decisões*. Porto Alegre: Artmed, 2016. p. 25.

22. Daniel Kahneman assim explicou: “Adotei termos propostos originalmente pelos psicólogos Keith Stanovich e Richard West, e vou fazer referência a dois sistemas na mente, o Sistema 1 e o Sistema 2:  
O Sistema 1 opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário.  
O Sistema 2 aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. As operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração”. KAHNEMAN; TVERSKY, 2012, p. 29.
23. COSENZA, 2016, p. 26-33.
24. COSENZA, Ramon M.; GUERRA, Leonor B. *Neurociência e educação: como o cérebro aprende*. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 36.
25. COSENZA; GUERRA, 2011, p. 47-9.
26. O que se lamenta é quem nem todas as faculdades realizam essa atividade e as que o fazem dão uma única oportunidade para o aluno ao longo de todo o curso, o que em turmas grandes provoca que alguns não sejam sorteados e tenham de ficar somente assistindo.
27. A internet, um universo a parte, com coisas úteis, mas repleta de superficialidades e futilidades cativantes.
28. Basta que aconteça a adequada qualificação do professor, levando em conta o que a ciência vem ensinando, para que este continue a ter seu relevante papel no ensino, principalmente do direito. Então, infundado o temor expressado por José Carlos Libânio quando disse: “Muitos pais já admitem que melhor escola é a que ensina por meio de computadores, porque prepararia melhor para a sociedade informacional. As questões de aprendizagem seriam resolvidas com a tecnologização do ensino. Deste modo, não haveria mais lugar para a escola e para os professores. Numa sociedade sem escolas os jovens aprenderiam em Centros de Informação por meio de novas tecnologias como televisão, vídeo, computadores. Será assim? Terá chegado o tempo em que não serão mais necessários os professores? Se ainda forem úteis, serão capazes de competir com os meios de comunicação, recursos muito mais poderosos na motivação dos estudantes do que a sala de aula? A instalação de computadores e de outros meios tecnológicos nas escolas substituirá o professor? Ou as próprias escolas irão desaparecer, substituídas por Centros de Informática ou Centrais de Tele-educação e Multimídia? E se a escola não tem lugar na sociedade da informação, haveria necessidade de formar professores, ainda mais considerando-se os baixos salários que lhe são pagos e o desprestígio social da profissão? São perguntas embaraçosas que confundem a cabeça das pessoas.” LIBÂNIO, José Carlos. *Adeus professor, adeus professora?: Novas exigências educacionais e profissão docente*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 15-6.
29. MIGUEL, Paula Castello; OLIVEIRA, Juliana Ferrari de (Orgs.). *Ensino Jurídico: experiências inovadoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
30. Em sentido que ressalta sobremaneira a importância dos estudos de casos, refira-se que Harriet Christiane Zitscher, ao tratar de como atua – e

naturalmente se prepara – o jurista nos sistemas da *common law*, diz: “Nos sistemas da *common law*, especialmente no sistema inglês, salvo algumas áreas pequenas e especiais, há pouco pensamento que se dedica ao sistema doutrinário. Já a aplicação do Direito segue o método indutivo. O raciocínio indutivo caracteriza-se pelo movimento do pensamento que vai de um ou várias verdades singulares a uma verdade mais universal... Transferido à aplicação do Direito, o raciocínio indutivo leva ao método no qual o juiz do sistema *common law* formula a regra a ser aplicada ao caso *sub judice* através da análise de casos anteriores sobre a mesma matéria.” ZITSCHER, Harriet Christiane. *Metodologia do ensino jurídico com casos – teoria & prática (com exemplos do direito do consumidor e do direito civil)*. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2ª tiragem 2001, p. 22-3.

31. RIBEIRO, Luis Roberto de Camargo. Aprendizagem baseada em problemas (PBL): uma experiência no ensino superior (livro eletrônico), São Carlos: EdUFSCar, 2008, posição 268.
32. No Brasil a legislação prevê a possibilidade de júri apenas em casos de crimes dolosos contra a vida, mas nada impede que se copie o modelo do direito norte-americano em que existem júris também em outros tipos de casos e assim realizar atividades simuladas com os alunos. E mais, os meios de solução de conflitos que eliminam não apenas lides processuais (o processo em si), mas conjuntamente as lides sociológicas (consegue a paz entre aqueles que estavam litigando), passaram a ser altamente valorizados. Então, atividades práticas simuladas de processos/procedimentos de negociação, arbitragem, conciliação e mediação também podem contribuir para um melhor aprendizado, dentre outras tantas atividades que podem ser criadas e realizadas.

## Referências

- CANDAU, Vera Maria (Org.). *A didática em questão*. 29. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.
- COSENZA, Ramon M. *Por que não somos racionais: como o cérebro faz escolhas e toma decisões*. Porto Alegre: Artmed, 2016.
- \_\_\_\_\_; GUERRA, Leonor B. *Neurociência e educação: como o cérebro aprende*. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4.
- \_\_\_\_\_. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.
- ENCYCLOPAEDIA Britannica do Brasil Publicações Ltda. São Paulo: Companhia Melhoramentos de São Paulo, 1976.
- FAJARDO, Vanessa. 75% dos aprovados na OAB tentam até três exames, diz pesquisa sobre carreira de direito. *Globo G1 Educação*, ago., 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/guia-de-carreiras/noticia/75-dos-aprovados-na-oab-tentam-ate-tres-exames-diz-pesquisa-sobre-carreira-de-direito.ghtml>. Acesso em: 16 ago. 2017.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

- FRANCO, Maria Amélia do Rosário Santoro. *Pedagogia como ciência da educação*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KNUD, Illeris (Org.). *“Teorias contemporâneas da aprendizagem”*. Porto Alegre: Penso, 2013.
- LIBÂNEO, José Carlos. *Adeus professor, adeus professora?: Novas exigências educacionais e profissão docente*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Didática*. São Paulo: Cortez, 1994.
- MIGUEL, Paula Castello; OLIVEIRA, Juliana Ferrari de (Orgs.). *Ensino Jurídico: experiências inovadoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PEDAGOGIA. Disponível em: <https://www.google.com.br/search?q=Dicion%C3%A1rio#dobs=pedagogia>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- RIBEIRO, Luis Roberto de Camargo. *Aprendizagem baseada em problemas (PBL): uma experiência no ensino superior (livro eletrônico)*, São Carlos/SP: EdUFSCar, 2008.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Ensino do direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.
- SAVIANI, Demerval. *Histórias das ideias pedagógicas no Brasil*. 2. ed. Campinas/SP: Autores Associados, 2008.
- ZITSCHER, Harriet Christiane. *Metodologia do ensino jurídico com casos – teoria & prática (com exemplos do direito do consumidor e do direito civil)*. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2ª tiragem 2001.

PARECER  
DA PROIBIÇÃO DOS  
CONSUMOS MÍNIMOS E  
DOS ALUGUERES DE  
CONTADOR, NA LEI  
DOS SERVIÇOS PÚBLICOS  
ESSENCIAIS, ÀS TAXAS  
OU QUOTAS DE  
DISPONIBILIDADE EM SUA  
SUBSTITUIÇÃO

MÁRIO FROTA

## EXCERITOS

*“A criação de uma taxa ou tarifa de disponibilidade de água / saneamento / resíduos sólidos tem como fundamento legal cobrir os custos de conservação e manutenção da rede pública de abastecimento de água / recolha e tratamento de águas residuais e de resíduos sólidos e outros encargos fixos relacionados com a disponibilização de tais serviços aos utilizadores”*

*“O consumidor tem direito à protecção dos seus 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 dos contratos”*

*“Uma vez que as relações que se estabelecem entre os utentes e o concessionário do serviço são constituídas por um contrato de Direito privado, estamos perante relações de Direito privado, não obstante o regime da prestação de serviços também inclua em regra normas de Direito público”*

*“O consumo mínimo corresponde a um valor fixo, que não varia em função do consumo, pelo menos em sentido decrescente”*

*“Na composição dos preços dos serviços públicos essenciais os valores correspondentes à exploração, manutenção e conservação dos sistemas devem figurar, de modo coerente e sem sofismas, no preço global”*



pela construção, conservação e manutenção dos sistemas públicos de água, de saneamento e resíduos sólidos não constituam consumos mínimos, os quais eram (e são) proibidos legalmente.

Logo, a criação de uma taxa ou tarifa de disponibilidade de água / saneamento / resíduos sólidos tem como fundamento legal cobrir os custos de conservação e manutenção da rede pública de abastecimento de água / recolha e tratamento de águas residuais e de resíduos sólidos e outros encargos fixos relacionados com a disponibilização de tais serviços aos utilizadores.

O que é consentâneo com o disposto na alínea c) do n. 2 do citado artigo, que prevê a proibição de cobrança aos utentes de taxa “que não tenha uma correspondência directa com um encargo em que a entidade prestadora do serviço efectivamente incorra”.

Não se sabendo o valor desses mesmos encargos de construção, conservação e manutenção, os quais hão-de variar em cada rede pública, consoante a sua dimensão e local em que se encontram, para além de outros elementos de carácter técnico, é indiscutível a efetiva existência de tais custos.

A A., no entanto, alega que a referida taxa/tarifa não tem qualquer correspondência directa com aquele tipo de encargos, não sendo tornados públicos os aludidos custos de manutenção e conservação, de modo a ser perceptível a sua concordância com os valores cobrados àquele título, tratando-se antes de um consumo mínimo dissimulado.

Ora, este argumento depende da análise de cada caso concreto, de cada sistema de titularidade estatal, municipal ou multimunicipal, independentemente do modelo de gestão, relativo aos serviços de águas, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, sendo certo que tal concordância se poderá verificar de modo pleno ou apenas parcial, dependendo de cada caso. O que não é possível de ser verificado nos presentes autos.

De facto, haverá que alegar e provar que, quanto a cada uma das entidades gestoras dos sistemas estatais, municipais e multimunicipais de abastecimento de água para consumo humano / recolha e tratamento de águas residuais e de resíduos sólidos, o montante cobrado àquele título não é proporcional e equilibrado com o custo do serviços que a fundamenta, tendo a taxa / tarifa sido fixada à margem de critérios racional e financeiramente justificados (que podem resultar da fundamentação do acto que definiu a cobrança daquele concreto montante e não de qualquer outro), podendo ser indicativo de tal discordância a prova de que, no final de cada ano, o total de encaixe cobrado àquele título ultrapassa, de modo significativo, o total dos custos de construção, conservação e manutenção da rede pública de abastecimento de água / recolha e tratamento de águas residuais e de resíduos sólidos e outros encargos fixos relacionados com a disponibilização de tais serviços aos utilizados.

Terá assim de ser provado, relativamente a cada concreto sistema, que o quantitativo da taxa refere-se aos efectivos custos inerentes às estruturas que permitem aos operadores exercer a actividade de abastecimento de água para consumo humano / recolha e tratamento de águas residuais e de resíduos sólidos, para que a sua cobranças se considere legal e não possa ser qualificada como um efetivo consumo mínimo, inadmissível como se viu já.

O que apenas poderá ser verificado a partir da análise de um qualquer documento ou elemento que indique como é que é definido o montante da taxa por cada uma das entidades gestoras dos sistemas estatais, municipais ou multimunicipais.

E não sendo os mesmos tornados públicos, como alega a A., é certo que existem mecanismos legais que impõem a prestação de informações e passagem de certidões, quando as mesmas não tenham sido dadas voluntariamente perante requerimento apresentado por quem demonstre interesse legítimo.

Razões pelas quais a presente acção não pode proceder, nos termos em que veio proposta, porquanto o Tribunal não pode declarar genericamente a ilegalidade da cobrança de uma taxa no caso abstracto de a mesma não se encontrar devidamente fundamentada e justificada, o que sempre tem de ser alegado e provado, concretamente, caso a caso.”

3. Ante tais elementos, cumpre, pois, emitir

### **PARECER**

A situação espelhada nas facturas dos serviços de distribuição predial de águas é a que, *mutatis mutandis*, no geral, segue:

Tomemos, por base, a facturação emitida pela empresa municipal

ÁGUAS DE COIMBRA, E.M.

PRIMEIRO, A CONFIGURAÇÃO DE UMA FACTURA REPORTADA

A 2008

Águas de Coimbra, EM,

**Mês de Maio de 2008**

Discriminação:

- Tarifa Volumétrica – 8,92
- Tarifa Disponibilidade Serviços Água – 9,60
- Tarifa Volumétrica Saneamento – 4,32
- Tarifa Disponibilidade de Serviços Saneamento – 3,60
- Resíduos sólidos – 1,60
- Devolução caução – 0,60
- IVA – 1,32
- Soma – 28,76

Valores que surpreendem:

Tarifa de Disponibilidade de Água – 9,60

Tarifa Disponibilidade de Serviços Saneamento – 3,60

Se se somar as duas pretensas tarifas apurar-se-á – 13,20€ /mês

Num ano, monta a 158,40€ (valor ainda assim expressivo).

DEPOIS, A VERSÃO ACTUAL (FACTURA REPORTADA A JULHO DE 2017, EMANADA DAS ÁGUAS DE COIMBRA, E.M.)

Número da Fatura: FAC0200152017/0020828789 Tipo de Cliente: Domésticos

JkDT – Processado por programa certificado n. 2516

Tipo Leitura: Estimativa Tarifa: 610-Dom

Tipo de Consumo: Consumo de Água Contador n.: 143930

Leituras anteriores da Empresa (\*): (2017-05-10) 337 (2017-07-11) 351

Média: 6,67m<sup>3</sup> Leitura Ant: (2017-07-11) 351 Leitura At: 0

Consumo Medido: 0,00 m<sup>3</sup> Diâmetro: 20

Consumo Real: Medido 0,00m<sup>3</sup> Adicional 0,00m<sup>3</sup>

Consumo Acerto Ant.: 0,00m<sup>3</sup> Consumo Est. Período: 7,00m<sup>3</sup>

(\* inclui leitura(s) anteriores mais recente(s) da empresa e consumo médio nesse período

Descrição	Explicação	Faturado	Valor Unit.	Valor	IVA
<b>Água</b>					
Tar Vol. Água [0-5]	5m3 em 29 dias	5,00	0,550000	2,75	(b)
Tar Vol. Água [0-15]	2m3 em 29 dias	2,00	0,810000	1,62	(b)
Tar Disp Serv Água	20mm	1,00	3,900000	3,90	(b)
<b>Saneamento</b>					
Tar Vol. Saneamento	4,37 Euros x 72,0%	0,72	4,370000	3,15	(b)
Tar Disp Serv Saneamento	Agosto/17	1,00	2,950000	2,95	(b)
<b>TRH</b>					
TRH Água	7m3 em 29 dias	7,00	0,024300	0,17	(b)
TRH Saneamento	7m3 em 29 dias	7,00	0,000000	0,00	(f)
Taxa Gestão Resíduos	7m3 em 29 dias	7,00	0,026700	0,19	(b)
<b>Resíduos Sólidos</b>					
Resíduos Urb. Variável	7m3 em 29 dias	7,00	0,196000	1,37	(f)
Resíduos Urb. Disponib.	Agosto/17	1,00	0,764000	0,76	(b)
<b>IVA</b>					
(f) ISENTO	Não sujeito; não tributado			0,00	
IVA 6%	14,5400x6,00/100			0,87	
<b>TOTAL (EUR)</b>				<b>17,73</b>	

a saber (estrutura da factura em realce):

- Tar. Volumétrica Água
- Tar. Disp. Serv. Água
- Tar. Volumétrica Saneamento
- Tar. Disp. Serv. Saneamento
- TRH
- TRH Água
- TRH Saneamento
- Taxa Gestão Resíduos
- Resíduos Sólidos
- Resíduos Urb. Disponibilidade

De assinalar que durante o exercício de 2015 (último disponível), as Águas da Figueira, S.A., por exemplo, registaram como proveitos (lucros líquidos) a expressiva soma de 2 076 061€ (dois milhões setenta e seis mil e sessenta e um euros), obviamente após a dedução de todos os encargos, em que se inclui a renda devida pela concessão, da ordem dos 549 549 € (quinhentos e quarenta e nove mil e quinhentos e quarenta e nove euros).

Com taxas (por justificar, afinal), por consumidor, no montante mensal de 14,52 € (afora as dos recursos hídricos)...

Reitera-se: a título de exemplo e para que conste!

## I. OS PRINCÍPIOS PLASMADOS EM DISTINTOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS

No desenvolvimento congruente dos princípios se logrará, ao que se nos afigura, ajustada solução para a hipótese *sub judice*:

### 1. LEI-QUADRO DA ÁGUA

Os princípios que se perfilam neste particular, como tais emergentes da Lei-Quadro da Água, compendiam-se, entre outros, como segue:

- Princípio do valor social da água, que consagra o acesso universal à água para as necessidades humanas básicas, a custo socialmente aceitável, e sem constituir factor de discriminação ou exclusão;
- Princípio da exploração e da gestão públicas da água, aplicando-se imperativamente aos sistemas multimunicipais de abastecimento público de água e de saneamento;
- Princípio da dimensão ambiental da água, nos termos do qual se reconhece a necessidade de um elevado nível de protecção da água, de modo a garantir a sua utilização sustentável;

– Princípio do valor económico da água, por força do qual se consagra o reconhecimento da escassez actual ou potencial deste recurso e a necessidade de garantir a sua utilização economicamente eficiente, **com a recuperação dos custos dos serviços de águas**, mesmo em termos ambientais e de recursos, e tendo por base os **princípios do poluidor-pagador e do utilizador-pagador**;

A Lei-Quadro da Água estabelece, no seu artigo 82, um comando **preciso no que tange aos objectivos que cumpre, a justo título, perseguir no que tange aos preços**:

“1 – O regime de tarifas a praticar pelos serviços públicos de águas visa os seguintes objectivos:

a) Assegurar tendencialmente e em prazo razoável a recuperação do investimento inicial e de eventuais novos investimentos de expansão, modernização e substituição, deduzidos da percentagem das participações e subsídios a fundo perdido;

b) Assegurar a manutenção, reparação e renovação de todos os bens e equipamentos afectos ao serviço e o pagamento de outros encargos obrigatórios, onde se inclui nomeadamente a taxa de recursos hídricos;

c) Assegurar a eficácia dos serviços num quadro de eficiência da utilização dos recursos necessários e tendo em atenção a existência de receitas não provenientes de tarifas.

2 – O regime de tarifas a praticar pelas empresas concessionárias de serviços públicos de águas obedece aos critérios do n. 1, visando ainda assegurar o equilíbrio económico-financeiro da concessão e uma adequada remuneração dos capitais próprios da concessionária, nos termos do respectivo contrato de concessão, e o cumprimento dos critérios definidos nas bases legais aplicáveis e das orientações definidas pelas entidades reguladoras.

3 – O Governo define em normativo específico, nos termos do n. 3 do artigo 102º, as normas a observar por todos os serviços públicos de águas para aplicação dos critérios definidos no n. 1.”

## **2. REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS MUNICIPAIS DE ABASTECIMENTO PÚBLICO DE ÁGUA, DE SANEAMENTO DE ÁGUAS RESIDUAIS E DE GESTÃO DE RESÍDUOS URBANOS**

Em termos de consolidação, confira-se, pois, o que prescreve o DL 194/2009, de 20 de Agosto – no seu artigo 5º:

– A promoção tendencial da sua universalidade e a garantia da igualdade no acesso;

– A garantia da qualidade do serviço e da protecção dos interesses dos utilizadores;

– **O desenvolvimento da transparência na prestação dos serviços**;

– A protecção da saúde pública e do ambiente;

– A garantia da eficiência e melhoria contínua na utilização dos recursos afectos, respondendo à evolução das exigências técnicas e às melhores técnicas ambientais disponíveis;

– A promoção da solidariedade económica e social, do correcto ordenamento do território e do desenvolvimento regional.

### **3. A LEI-QUADRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Os princípios que regem domínio especial como o do Direito do Consumo ocupam um enorme lastro, enumerando-se como segue:

- Princípio da Igualdade Material
  - Princípio da Equidade
  - Princípio da Transparência
  - Princípio da Lealdade
  - Princípio da Probidade
  - Princípio da boa-fé
  - Princípio *Pro Consumatore*
  - Princípio da Reflexão ou Ponderação
  - Princípio da Segurança
  - Princípio da Precaução
  - Princípio da Prevenção
  - Princípio da Protecção dos Interesses Económicos
  - Princípio do Acesso célere, seguro e não oneroso à justiça
  - Princípio da Representatividade
  - Princípio da Reparabilidade dos prejuízos
  - Princípio da Injuntividade
- Elejamos, dentre estes, os princípios da
- Transparência
  - Lealdade
  - Protecção dos Interesses Económicos do Consumidor
- para o que ora nos importa.

Tais princípios consagrados se acham nos seus artigos 8º e 9º, a saber:

A **transparência** prende-se com a informação, em extensão e profundidade, tal como emerge da LDC – n. 1 do artigo 8º:

“1 – O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, informar o consumidor de forma clara, objectiva e adequada, a não ser que essa informação resulte de forma clara e evidente do contexto, nomeadamente sobre:

... ..”

A igualdade, a lealdade e a protecção dos interesses económicos repousam no artigo subsequente – o artigo 9º:

“1 – O consumidor tem direito à *protecção dos seus 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 dos contratos.

...”

Como o sustento (*in* Serviços Públicos Essenciais, separata do volume SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS, do IDC – Instituto de Direito do Consumo da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, AAFDL, 2017, a págs. 129 e s),

“O princípio da *protecção dos interesses económicos do consumidor* desfruta, entre nós, de consagração constitucional: tem o seu assento no n. 1 do artigo 60 da Constituição Portuguesa.

O conceito que dele traça a lei ordinária *in casu*, a LDC – *Lei de Defesa do Consumidor* –, em Portugal, é, por um lado, redutor e, por outro, basta-se com meras expressões de todo não exaustivas, *i.é.*, meramente exemplificativas, ante a amplitude das relações jurídicas de consumo – os actos e os contratos a que se adscvem os consumidores.

No plano de que se trata se conceitua o princípio, como o n. 1 do artigo 9º o faz:

“O consumidor tem direito à *protecção dos seus 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 dos contratos.”

E, de entre as modelações que assume, realce para

- a proibição de negócios ligados<sup>1</sup>
- a proibição de negócios jurídicos forçados
- a proibição da oclusão do período de reflexão ou ponderação em negócios celebrados fora de estabelecimento
- a reposição do equilíbrio posicional nos negócios celebrados com os prestadores de serviços públicos essenciais<sup>2</sup>.

Por corolário se entende “*a consequência directa e necessária de uma verdade já demonstrada*”.

Um sem número de corolários se poderá extrair do princípio-regra.

Um há, porém, que por nuclear se tem de afirmar categoricamente.

A saber: “*o consumidor paga só o que consome, na exacta medida em que e do que consome*”.

O que significa que o aluguer do contador, tanto na água, como na energia eléctrica ou no gás, as taxas de assinatura nas comunicações electrónicas, os consumos mínimos em cada um dos segmentos se têm de considerar proscritos (ou são de todo de proscrever).

Daí que se imponha, em geral, às empresas ou aos serviços a adopção de um sistema de contabilidade analítica de molde a saber-se, em rigor, o

preço de exploração do produto ou serviço para que se abandone a prática de serviços artificiais e de alcavalas outras que constituem *taxas* ou *impostos* decretados à revelia dos princípios e das coordenadas de um qualquer Estado de Direito<sup>3</sup>.

Manifestações do invocado princípio-regra se detectam em inúmeras hipóteses com expressa regulamentação nas leis que vigoram em Portugal, em particular a Lei de Protecção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais, ora denominados de **interesse geral** em homenagem à evolução conceitual operada na União Europeia, e se materializam, entre outros, em proibições de pendor vário, a saber:

- a insusceptibilidade da suspensão ou da interrupção de fornecimento sem se facultar ao consumidor, com razoável antecedência, os meios de defesa que lhe permitam impugnar a decisão ou regular as prestações indébitas eventualmente subsistentes;

- a exigência de uma facturação completa, discriminada e exaustiva, em todas e quaisquer circunstâncias, com a minúcia requerida, e que garanta o consumidor contra deficiências, erros, omissões;

- a possibilidade de quitação parcial quando haja parcelas impugnáveis na mesma factura, de molde a pagar-se o que se tem por pacífico e a pôr em causa o remanescente sem que tal constitua o consumidor em mora;

- a faculdade de se rejeitar o pagamento de montantes outros sempre que se trate de produtos ou serviços funcionalmente dissociáveis carregados numa – e numa só – factura;

- a proibição de consumos mínimos (no quadro do corolário de que ***se pagar só o que se consome na exacta medida em que e do que se consome***);

- a garantia do respeito pelo equilíbrio dos orçamentos domésticos ante o estabelecimento de curtos prazos de prescrição e de caducidade (decadência);

- elevados padrões de qualidade sob pena de responsabilidade contratual por cumprimento defeituoso.

O princípio comporta, em geral, plúrimas expressões. Não se esgotam, pois, nas que houve o ensejo de enunciar.”

## II. OS PRINCÍPIOS E SUA APLICAÇÃO AOS PREÇOS DOS BENS E SERVIÇOS DE CONSUMO

### 1. PREÇOS, TARIFAS E TAXAS

Relevante o excerto que ora se transcreve, tomado de empréstimo de Fernando Dias Simões (*et alii*) (Lei dos Serviços Públicos Essenciais, anotada e comentada, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 144 e ss):

“O primeiro elemento que pode perturbar o esclarecimento deste problema passa por saber qual a natureza jurídica da quantia pecuniária

paga pelo utente com contrapartida do serviço prestado. Estamos perante um preço ou uma taxa?

Como se sabe, as taxas apresentam como característica fundamental o facto de serem meios de financiamento de serviços divisíveis, que concedem vantagens ou satisfações individualizadas a quem as utiliza, ao contrário dos impostos, que só proporcionam vantagens fruíveis pela comunidade enquanto tal. Enquanto o imposto é uma prestação pecuniária devida pelos contribuintes por via autoritária, a título definitivo e sem contrapartida, com vista à cobertura dos encargos públicos, a taxa pressupõe *correspondência*, ou seja, dá origem a uma contraprestação específica (e não uma mera utilidade geral), resultado de uma relação concreta entre o sujeito passivo e um bem ou serviço público.

De acordo com a concepção dicotómica dos impostos defendida pela generalidade da doutrina portuguesa, tanto as taxas como os preços fazem parte do conceito amplo de taxa. Os preços apresentam, porém, duas características que os distinguem face às taxas em sentido estrito. Primeiro, o facto de corresponderem a bens ou serviços que não são por essência da titularidade do Estado e que podem, por isso, ser entregues à gestão privada. Em segundo lugar, o concreto montante em que são fixados não é independente do critério objectivo com base no qual se formam os preços. O preço dos serviços públicos é normalmente diferente daquele que resultaria do resultado da oferta e da procura do serviço no mercado, ou por não serem por natureza susceptíveis de avaliação ou porque o Estado ou ente público titular do serviços decidiu subtraí-los a essa forma de avaliação – em atenção a considerações ambientais, sociais ou outras.

Por corresponderem, tal como as taxas em sentido estrito, a verdadeiras taxas, entre os preços e as correspondentes prestações específicas (neste caso, a prestação de um bem ou serviço) deve existir não só uma equivalência jurídica, como é próprio de todas as taxas, mas também uma equivalência económica. Embora a existência de uma taxa não implique a existência de equivalência económica entre o valor pago e a sua contrapartida, bastando essencialmente a equivalência jurídica, deve considerar-se que deve existir uma correspondência económica materialmente relevante, sob pena de deixarmos de estar perante uma verdadeira taxa. Neste sentido, tem-se entendido que deixa de existir o sinalagma característico das taxas quando a desproporção entre a quantia paga e o serviço prestado comprometa de forma inequívoca aquela *correspondência*. A estreita relação de proximidade entre o montante da taxa e o serviço prestado constitui, deste modo, uma regra fundamental no regime das taxas – e, deste modo, também dos preços.

Outra designação frequentemente utilizada no âmbito da prestação de serviços públicos essenciais é a de “tarifa”. A “tarifa” não é, em regra, caracterizada como uma figura autónoma entre a taxa e o imposto.

Apresenta-se, antes, como uma figura que se inclui ainda no conceito de taxa em sentido amplo, embora corresponda a uma figura *sui generis*, cuja especial configuração lhe advém apenas da particular natureza dos serviços a que se encontra ligada.

A doutrina tradicional entendia que a quantia a pagar pela prestação do serviço público revestia a natureza de uma taxa, ou seja, estávamos perante um encargo ou contrapartida de natureza tributária. Em coerência, em caso de não pagamento da contrapartida, o credor (muitas vezes uma autarquia local) estaria habilitado a usar o processo de execução fiscal, tendo a nota de cobrança emitida pelo credor força executiva.

Gonçalves entende que a contrapartida não tem natureza tributária quando está em causa o pagamento do serviço prestado ou do fornecimento efectuado pelo concessionário, isto é, quando está em causa uma “relação de prestação do serviço público”. No entender do Autor, a menos que a Lei disponha inequivocamente de outro modo, a contrapartida a pagar tem a natureza de um preço, isto é, de um valor a pagar pela prestação de um serviço regulado por um contrato de Direito privado. Sendo de Direito privado as relações de prestação constituídas entre o concessionário e o utente, não faz sentido sustentar a natureza fiscal da contrapartida, que é justamente um dos elementos essenciais da relação contratual.

Uma vez que as relações que se estabelecem entre os utentes e o concessionário do serviço são constituídas por um contrato de Direito privado, estamos perante relações de Direito privado, não obstante o regime da prestação de serviços também inclua em regra normas de Direito público. Como já referimos, a natureza contratual da relação jurídica que se estabelece entre utentes e prestadores de serviços públicos essenciais é expressamente reconhecida no n. 3 do art.º 13.º da LSPE, quando se refere que o utente pode optar pela manutenção do contrato quando alguma das suas cláusulas seja nula. Assim, não nos parece coerente defender a natureza de taxa de uma quantia pecuniária que o concessionário cobra ao abrigo de um contrato de Direito privado celebrado com o utente como contrapartida directa dos serviços que presta. Esta quantia tem a natureza de um preço, entendido como valor a pagar pela prestação de um serviço regulado por um contrato de Direito privado. Para a prestação dos serviços até podem ser utilizados bens do activo dominial, público ou privado, mas a receita em causa (o preço) não provém directamente destes, mas sim da prestação de serviços que têm carácter contratual e “privatístico”.

Gonçalves e Lopes Martins entendem que é ainda mais difícil defender a natureza de “taxa” nas situações em que vigore um princípio de liberdade tarifária do concessionário, ao abrigo do qual este pode fixar unilateralmente os preços do serviço, embora normalmente lhe seja imposta a obrigação de os comunicar previamente ao concedente. Do mesmo modo, os Autores

entendem que não deixa de ser assim mesmo nas situações em que o concessionário deva fixar os encargos a suportar pelos utentes segundo critérios pré-estabelecidos por via administrativa, podendo estes constar do próprio contrato de concessão ou de um regulamento – normalmente designado por regulamento tarifário, sujeito, em regra, à aprovação do concedente, sob proposta do concessionário –, ou quando são fixado através de convenções administrativas multilaterais (caso das telecomunicações) ou por deliberação de Autoridades Reguladoras. Os Autores concluem: “quando esteja apenas em causa o pagamento do serviço prestado entendemos que a quantia a pagar pelos utentes ao concessionário tem a natureza de um preço. Só assim não será quando a lei disponha em contrário. E mesmo neste caso deve exigir-se uma disposição expressa inequívoca, uma vez que não raras vezes as qualificações legislativas se encontram desprovidas de rigor técnico”.

Concluimos, deste modo, pela classificação da quantia pecuniária paga pelo utente em contrapartida do serviço prestado como **um preço**. A contrapartida continua a ter natureza de preço mesmo quando o serviço seja prestado por um privado, nomeadamente um concessionário. Como vimos, de acordo com o n. 4 do artº 1º considera-se prestador dos serviços abrangidos pela LSPE toda a entidade, quer seja pública quer privada, que preste ao utente qualquer dos serviços qualificados como serviços públicos essenciais, independentemente da sua natureza jurídica, do título a que o faça ou da existência ou não de contrato de concessão. Em qualquer caso, e a menos que a Lei disponha inequivocamente de outro modo, a contrapartida a pagar ao concessionário tem a natureza de um preço, isto é, de um valor a pagar pela prestação de um serviço regulado por um contrato de Direito privado.”

Também se nos afigura tratar-se de um preço, vero e próprio, com tradução não só na sua composição como na sua expressão formal. Sem os artificialismos de taxas sobre taxas, de tarifas sobre tarifas, numa amálgama que nada fica a dever à tão reclamada transparência e serve, afinal, para obnubilar o são entendimento das coisas...

## **2. O PREÇO COMO PREÇO TOTAL**

No que tange ao preço, enquanto preço total, tal imperativo emerge da LDC – **Lei de Defesa do Consumidor** que, no seu artigo 8º, reza:

“1 – O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, informar o consumidor de forma clara, objetiva e adequada, a não ser que essa informação resulte de forma clara e evidente do contexto, nomeadamente sobre:

...

c) Preço total dos bens ou serviços, incluindo os montantes das taxas e impostos, os encargos suplementares de transporte e as despesas de entrega e postais, quando for o caso;

...

f) As modalidades de pagamento, de entrega ou de execução e o prazo de entrega do bem ou da prestação do serviço, quando for o caso;

g) Sistema de tratamento de reclamações dos consumidores pelo profissional, bem como, quando for o caso, sobre os centros de arbitragem de conflitos de consumo de que o profissional seja aderente, e sobre a existência de arbitragem necessária;

l) As consequências do não pagamento do preço do bem ou serviço.

...

4 – Quando se verifique falta de informação, informação insuficiente, ilegível ou ambígua que comprometa a utilização adequada do bem ou do serviço, o consumidor goza do direito de retractação do contrato relativo à sua aquisição ou prestação, no prazo de sete dias úteis a contar da data de recepção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços.

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

6 – ...

7 – O incumprimento do dever de informação sobre as consequências do não pagamento do preço do bem ou serviço determina a responsabilidade do fornecedor de bens ou prestador de serviços pelo pagamento das custas processuais devidas pela cobrança do crédito.

**8 – O disposto no n. 1 aplica-se também aos contratos de fornecimento de água, gás ou electricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, aos de aquecimento urbano ou aos de conteúdos digitais não fornecidos em suporte material.”**

Por conseguinte, o princípio-regra da protecção dos interesses económicos do consumidor, aplicável *ex vi legis* aos serviços públicos essenciais, é o de que “preço é o preço total, em que se incluem todos os impostos, taxas e demais encargos”.

E não preço que se desdobra em inúmeras rubricas e que surge parcelarmente sem a unidade que deveria subjazer à sua composição e apresentação final.

### **3. A SUA APLICAÇÃO EM DISTINTOS SEGMENTOS DO MERCADO DE CONSUMO**

Aliás, o DL 138/90, de 26 de Abril (repblicado pelo DL 162/99, de 13 de Maio) concretiza, de análogo modo, tal princípio, ao estatuir, em consonância, no n. 5 seu artigo 1º, algo do teor seguinte:

“O preço de venda e o preço por unidade de medida, seja qual for o suporte utilizado para os indicar, referem-se ao *preço total expresso em moeda com curso legal em Portugal, devendo incluir todos os impostos, taxas e outros encargos que nele sejam repercutidos, de modo que o consumidor possa conhecer o montante exacto que tem a pagar.*”

### **4. OS EMBUSTES SOBRE O PREÇO E O SEU ENQUADRAMENTO COMO PRÁTICA COMERCIAL DESLEAL**

Constitui prática desleal, na vertente de prática enganosa, a que o DL 57/2008, de 26 de Março prevê no n. 1 do seu artigo 8º:

“... 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 a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo:

- a) ...
- b) ...
- c) ...

O preço, a forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço...”

O preço, como elemento essencial do contrato, tem de obedecer, com rigor, aos requisitos da liquidez e da transparência.

### **5. A COMPOSIÇÃO DO PREÇO NOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS**

Na composição do preço, devem caber, pois, todas as parcelas que mister será o integrem.

Na decomposição, ao invés, em homenagem à transparência, deve figurar o preço de base e, singularmente considerados, os impostos, as contribuições, as taxas, sendo que, por elementar, os impostos não deverão recair sobre impostos, contribuições e taxas, sob pena de dúplice “tributação”..., como, de resto, parece suceder amiúde em domínios como estes de que se cura.

**Impõe-no a alínea c) do n. 1 do artigo 8º da Lei-Quadro de Defesa do Consumidor:**

“Preço total dos bens ou serviços, incluindo os montantes das taxas e impostos, os encargos suplementares de transporte e as despesas de entrega e postais, quando for o caso”.

Ao apresentar-se, na factura dos serviços públicos essenciais (*maxime* no tocante à **distribuição predial de águas**), para além de taxas outras (e distintas), o preço do consumo efectiva ou aleatoriamente estabelecido (a denominada “estimativa” com ou sem base “histórica), há um claro afrontamento à lei: preço é preço total, é preço global, sem mais.

E não se refira que, a final, “é só fazer as contas”...

Trata-se de patente subversão ao princípio-regra enunciado.

E não é o que se observa.

Na factura da energia eléctrica, ainda não há muito, 2/3 do montante global apresentado correspondia a impostos e taxas, dissimulados uns, expressos outros, constituindo suma lesão dos interesses dos consumidores. Facto que gozava, aliás, de notoriedade e que as instâncias do poder nem sequer se esforçavam por mascarar...

Sempre e só em oposição manifesta ao princípio da transparência que cumpriria observar em plenitude.

Mais tarde, porém, como que para “legitimar” tamanha aberração, a Lei 44/2011, de 22 de Junho, veio aditar ao artigo 9º da Lei n. 23/96, de 26 de Julho, os nºs 4 e 5, do teor seguinte:

“4 – Quanto ao serviço de fornecimento de energia eléctrica, a factura referida no n. 1 deve discriminar, individualmente, o montante referente aos bens fornecidos ou serviços prestados, bem como cada custo referente a medidas de política energética, de sustentabilidade ou de interesse económico geral (geralmente denominado de custo de interesse económico geral), e outras taxas e contribuições previstas na lei.”

5 – O disposto no número anterior não poderá constituir um acréscimo do valor da factura.”

Ou seja, as facturas dos serviços de interesse geral (serviços públicos essenciais) são o vazadouro do sistema, nelas tudo cabendo, desde que os consumidores suportem, sem reacção, o que nelas queiram fazer verter os órgãos do poder...

### III. OS CONSUMOS MÍNIMOS

#### 1. A “consagração” dos consumos mínimos

Prática até então perseguida, no âmbito dos serviços de interesse geral (serviços públicos essenciais) era a de estabelecer, como *quantum minimum*, uma parcela, a título de consumo mínimo, a fim de garantir, ao que se presume, a viabilidade económica do sistema. Consumo mínimo que os

consumidores pagariam, quer consumissem quer não o volume de água nele abrangido.

E a situação perdurou anos a fio, como se manteve o “aluguer do contador”, como forma de amortizar *ad aeternum* o seu valor, eventuais reparações e substituições, numa subversão conceitual e material passível de um clamoroso juízo de censura...

Fernando Dias Simões *et alii* (“Lei dos Serviços Públicos Essenciais, anotada e comentada, Almedina, Coimbra, 2012, a págs. 127 e ss) obtempera:

“Com a adopção da expressão “consumo mínimo” o legislador quis proibir, em nosso entender, a fixação e cobrança de quotas *mínimas* de consumo, ou seja, de patamares *mínimos* de despesa que o utente teria de satisfazer ainda que não correspondessem a um consumo real, isto é, a uma despesa ou gasto efectivos. Um consumo mínimo corresponde a um montante ou valor fixado “à cabeça”, *ab initio*, o qual é devido independentemente de ocorrer qualquer consumo, ou de o consumo (o gasto) real ser inferior. Ora bem, tendo presente o princípio fundamental da protecção dos interesses económicos dos utentes, o legislador qui proibir a fixação de valores que não têm qualquer justificação ou correspectivo. Assim, por exemplo, a um consumo de água zero tem de corresponder uma factura de água que, no que respeita ao volume de bens prestados ao utente, nada exige. É por isso verdade que o utente só deve pagar *o que* consume e *na exacta medida* em que consome. Se o contrato tem por objecto mediato o fornecimento de água, o utente não pode ser obrigado a pagar algo que não consumiu, não pode ser forçado a retribuir um bem que não lhe foi prestado. A um consumo zero deve pois corresponder um valor zero.

Através do método de facturação do “consumo mínimo” o prestador do serviço estaria a assegurar que todos os utentes pagariam, no mínimo (na pior das hipóteses), um valor pré-determinado, quer o consumo efectuado efectivamente atingisse ou ultrapassasse esse valor, quer não existisse ou fosse inferior. Neste último cenário, e quanto à diferença entre o valor efectivamente consumido e o valor cobrado (relativo a esse “patamar mínimo”), o prestador de serviços estava a enriquecer injustificadamente, ao assegurar que todos os utentes, independentemente do consumo efectuado, lhe traziam algum benefício ou lucro. Compreendendo a licitude de tal estratagema comercial, o legislador proibiu, desde a versão primitiva da LSPE, a imposição e cobrança de “consumos mínimos”, com o alcance enunciado.

O consumo mínimo corresponde a um valor fixo, que não varia em função do consumo, pelo menos em sentido decrescente. Dito de outra forma: ainda que o utente consuma bens ou serviços em montante inferior aos que correspondem ao consumo mínimo fixado, terá de satisfazer esse montante mínimo fixado “à cabeça”; se consumir bens ou serviços de valor superior a esse patamar, satisfará não só o valor mínimo mas também o correspondente

à diferença entre os dois valores. É justamente no facto de ser obrigado a pagar a diferença entre o consumo real e o consumo mínimo que reside a injustiça da fixação e cobrança de “consumos mínimos”, na medida em que tal diferença não tem causa justificativa.

Sempre que estejamos perante um verdadeiro “consumo mínimo”, com as características que lhe apontámos, este será proibido, de acordo com o n. 1 do artº 8º da LSPE. Deste modo, o utente pode recusar-se a satisfazer o consumo mínimo que vem apresentado na factura, com base na sua ilicitude. Se não tiver efectuado qualquer consumo no período efectuado (consumo zero), o utente pode recusar-se a efectuar qualquer pagamento que resulte da aplicação da tarifa de consumo ao serviço prestado. Assim, por exemplo, se na factura da água constar um valor de m3 diferente de zero, relativo ao “consumo de água”, estaremos perante um consumo mínimo, o qual é proibido. Se apesar de ter um consumo real que não ultrapassa o valor do “consumo mínimo” lhe é exigido o pagamento desse “patamar” ou “limiar mínimo”, o utente pode exigir a correcção da factura, e solver apenas o valor correspondente ao seu consumo real, por aplicação das tarifas de consumo previstas legalmente ao montante dos bens ou serviços utilizados. A diferença entre esse valor e o valor referente ao “consumo mínimo” é ilícita e, por isso, inexigível.

Por corresponder a um verdadeiro “consumo mínimo”, deve considerar-se ilícita a chamada “taxa de activação da chamada”. Esta taxa, que frequentemente era cobrada no serviço telefónico, tinha uma natureza fixa, uma vez que era independente dos impulsos da chamada telefónica efectuada. Esta taxa referia-se ao custo de estabelecimento da chamada, ou seja, tratava-se de um custo inicial relativo ao estabelecimento de qualquer chamada telefónica, que apenas passaria a ser tarifada ao segundo após a fixação desse montante. Pois bem: na prática esta taxa equivalia a um arredondamento em alta da duração temporal e do preço da chamada, o que correspondia a uma prática comercial enganosa, sendo portanto, proibida. Esta taxa correspondia, no essencial, à anterior “taxa de activação”, que também era proibida devido ao seu carácter fixo e independência face à real duração da chamada. A ilegalidade da “taxa de activação” foi declarada pelo STJ em acção popular, por a mesma não integrar a unidade de medida da comunicação telefónica: “mediante a taxa de activação o preço da chamada telefónica, em vez de medido pelo impulso, passa a conter dois elementos: um elemento fixo, que é a activação da chamada, e um elemento variável, que é o impulso” (acórdão de 7 de Outubro de 2003 – processo 03 A 1243).”

**Consumo mínimo será uma taxa fixa (que não corresponda a qualquer serviço de base).**

Se as taxas de disponibilidade – por incrível que pareça – se generalizassem, então seria lícito introduzi-las no mercado do consumo em

geral: nos hipermercados, nas mercearias de bairro, nos estabelecimentos de restauração e bebidas, na hotelaria, nas lojas de conveniência, nas farmácias et “*tutti quanti*”... em subversão autêntica do princípio segundo o qual “preço é o preço total em que se incluem todos os impostos, taxas e encargos”...

Não terá sido por tão nefanda influência que as lojas de conveniência da BP, em Viseu, lançaram, há anos, uma “comissão” de 0,50€ na compra de tabaco? Com o “beneplácito”, ao tempo, da ASAE, que “riscou” assim da Lei Penal do Consumo – Lei 28/84, de 20 de Janeiro – o artigo 35 –, em que se tipifica o crime de especulação e respectiva moldura penal?!

“Preço é o preço global em que se incluem impostos, taxas, e outros encargos”. Sempre e só! E tão só!

## **IV. A PROIBIÇÃO DOS CONSUMOS MÍNIMOS E SUA SUBSTITUIÇÃO POR TARIFAS, TAXAS OU QUOTAS DE DISPONIBILIDADE, DE SERVIÇO OU COM OUTRA DENOMINAÇÃO EQUIVALENTE**

### **1. A abolição dos consumos mínimos**

A Lei 23/96, de 26 de Julho, veio a considerar, em obediência ao princípio da protecção dos interesses económicos dos consumidores (ao corolário segundo o qual “o consumidor pagará só o que consome, na exacta medida do que e em que consome”), que os consumos mínimos feriam de morte tal princípio e, por isso, entendeu, na sua versão original, com geral aplauso, aboli-los, ao editar dispositivo do jaez seguinte:

#### **“Artigo 8º**

##### **Consumos mínimos**

**“São proibidos a imposição e a cobrança de consumos mínimos.”**

Ferreira de Almeida, *in* Serviços Públicos, Contratos Privados, págs. 136 e ss, qualifica tal abolição como de um autêntico *favor juris* dispensado pelo legislador ao consumidor, nestes termos:

“Trata-se de uma verdadeira regra de protecção do utente, visto que o beneficia para além da mera aplicação do direito contratual comum. Pode, todavia, ser facilmente defraudada através do débito de “taxas” (por exemplo, taxas de ligação, de disponibilidade, de potência) com valor exorbitante ou até sem correspondência numa contraprestação efectiva pelo fornecedor.”

Não deixando, pois, de prevenir, como importa neste passo realçar:

“Pode[ndo], todavia, ser facilmente defraudada através do débito de “taxas” (por exemplo, taxas de ligação, de disponibilidade, de potência) com valor exorbitante ou até sem correspondência numa contraprestação efectiva pelo fornecedor.”

E, na realidade, exactamente pela adopção de práticas como as que o renomado juriconsulto previra, se esvaziou de conteúdo o sentido e alcance da norma proibitiva condensada na Lei dos Serviços Públicos Essenciais, no seu artigo 8º

E facto mais do que reverberável foi o de aos simples “consumos mínimos” haverem sucedido, em igual montante ou até, ó suma injúria, em valor bem superior ao anteriormente “imposto e cobrado”, as tarifas, taxas ou quotas de disponibilidade, de serviço, de volumetria, de potência ou com outras e tão fantasiosas denominações..., em parcela destacada dos consumos efectiva ou hipoteticamente (mercê de simples estimativas) registados!

## **2. A substituição de consumos mínimos por taxas, tarifas ou quotas de disponibilidade, de serviço, fixas...**

Sempre se sustentou entre nós, no CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra, que qualquer taxa ou encargo que não constituísse contrapartida de eventual fornecimento (ou prestação de serviço) traduzir-se-ia em um acréscimo de preço e, conseqüentemente, subsumir-se-ia na moldura penal do crime de especulação (previsto e punido pelo artigo 35 da Lei Penal do Consumo – Decreto-Lei n. 28/84, de 20 de Janeiro).

O “arremedo” da substituição dos consumos mínimos (formalmente proibidos pela Lei 23/96, de 26 de Julho, no seu artigo 8º), por taxas ou tarifas de disponibilidade, taxas ou quotas de serviço, taxas ou termos fixos naturais ou, de outro modo, por uma parte fixa, volumetria contratada, potência contratada, taxa de assinatura ou, de qualquer outra forma, como produto da fértil imaginação que não escapa aos gestores dos serviços públicos essenciais, seja qual for a forma de exploração, representa uma *praxis* “*contra legem*” ou “*in fraudem legis*”...

Daí que, como tal, careça de ser reprimida... ou, então, a lei ter-se-á em Portugal, como o designava – por influência de um amigo seu – um antigo Chefe de Estado, o advogado Jorge Sampaio, como “mera sugestão”, destituída, pois, de força cogente, da característica essencial da coerção que lhe assiste, no despudor da afronta sem conseqüências, mormente se os pronunciados desvios detectados ou induzidos tiverem a chancela da autoridade de entes públicos ou das autarquias locais, ou de concessionárias de serviços públicos, com a “cobertura” das entidades regulatórias que mais não são, neste contexto, do que a caixa de ressonância dos regulados, que não poderes de equilíbrio e portadores de valores de rectitude, de um “*honestum vivere*”, do *suum quique tribuere* em que o direito se revê.

Não se trata, pois, de reconduzir as ilegalidades às “mudanças terminológicas” operadas a partir da proibição dos alugueres dos hidrómetros ou dos instrumentos de medida em geral (como no caso da energia eléctrica

em que os contadores foram substituídos por “potência contratada”), mas – antes e muito para além disso – de as dissimular ao instituir “taxas de disponibilidades ou quejandos” em substituição de consumos mínimos em sentido estrito, já que remontam a tal época as “manobras” insinuadas para se iludir ou ludibriar o sentido e alcance da lei... sem consequências visíveis por inoperância ou quietude das duas associações de consumidores

Pelo simples facto de o uso repetido de uma prática não haver suscitado senão oposição no plano doutrinal, que não no quadro da jurisprudência por ausência de impulso processual por quem se ache investido de legitimidade processual, não significa que as empresas e serviços adquiram por “usucapião” o direito de decretar verdadeiros impostos sobre os consumidores. Ou pela figura inversa da caducidade pelo não-uso.

Ou seja, porque se trata de uma prática repetida – sem a aparente oposição das vítimas, dos destinatários dos seus efeitos especulativos e perniciosos – converter-se-á uma parcela do preço tocada pela ilicitude em algo de lícito. Como se o “crime continuado” atenuasse o tipo-de-ilícito ou até o excluísse por “implícito consentimento das vítimas”...

Trata-se de uma subversão total do direito *in casu*. Como se por um ilogismo próprio de situações outras se proclamasse que “*error communis jus fecit*” – como se o erro comum se transformasse soberanamente em direito...

E quando uma associação de consumidores se propõe agir, no sacrossanto interesse da comunidade de consumidores, oito anos volvidos, sobrevém uma decisão do teor da que ora se analisa, ao arrepio do direito e manifestamente contra interesses e direitos dos consumidores.

De resto, a Lei Geral dos Preços – que traduz um princípio geral que se tem de espelhar em cada um dos segmentos particulares – preceitua que “preço é o preço total em que se incluem todos os impostos, taxas e encargos”, como se vem assinalando e ora com o suporte da própria Lei-Quadro de Defesa do Consumidor, mercê das modificações operadas pela Lei 47/2014, de 28 de Julho.

O parcelamento do preço viola, pois, o princípio geral – plasmado na Lei dos Preços – e expressão do princípio da “protecção dos interesses económicos do consumidor”, com tradução constitucional no n. 1 do artigo 60 do Texto Fundamental. De que um dos corolários é o de que “o consumidor só dever pagar o que consome na exacta medida do que e em que consome”.

Ademais, no preço da água, por muitos considerado um preço político – regista-se a maior das perturbações: até parece que os fornecedores (distribuidores em baixa) não dispõem de contabilidade analítica – a saber, nem sequer se apura quanto custa a unidade de medida, definindo-se o preço pelas necessidades pontuais experimentadas e criando-se, para suprir necessidades patrimoniais pontuais, taxas que visam cobrir défices, quaisquer que sejam.

Nem sequer – pelas perdas a montante, estudadas pelos especialistas, em determinados casos com índices que atingem os 60% – há racionalidade porque os consumidores pagam a inoperância das entidades gestoras e o mais, nos desacertos que se registam.

A título de exemplo, cite-se o caso de uma Câmara Municipal, denunciado em evento científico realizado na Universidade de Aveiro, em tempos, que, recebendo água de origem comum, apresentava (parece uma autêntica anedota...) preços mais baixos que a dos municípios contíguos. Pior: mais baixos que os preços por que teria de pagar a água em alta.

Razão apurada para facto tão insólito: recebia a água da empresa de captação e distribuição e não pagava simplesmente as facturas...

“O consumidor tem de pagar só o que consome, na exacta medida do que e em que consome”.

Não tem, pois, de estar sujeito a qualquer montante que configure com rigor, sejam quais forem as designações ou o “*nomen*” adoptado, um consumo mínimo.

A substituição, nas facturas, da denominação “**CONSUMO MÍNIMO**” – correspondente a um acto material consubstanciado em determinado valor – constitui, na realidade, medida ferida de **ILICITUDE**, com o que não é recomendável se compactue por atingir, em pleno, o *princípio da protecção dos interesses económicos do consumidor*, constitucionalmente consagrado no artigo 60 da Constituição da República.

**Proibidos os consumos mínimos**, houve como que, por um automatismo concertado, ainda que com denominações distintas, a substituição de tais montantes (a que correspondiam os consumos mínimos), no período imediatamente ulterior ao da vigência da lei, por tarifas ou quotas de disponibilidade, quotas de serviço, termos fixos, parte fixa, etc. ...

O que prenuncia, sem interpretações falaciosas, que um montante substituiu o outro e só o nome mudou...

Logo, é de consumos mínimos que se trata, conquanto com um *nomen juris* distinto.

Na realidade, se após a proibição decretada pela Lei 23/96, de 26 de Julho, ao **CONSUMO MÍNIMO** se substituiu, sem correspondência com uma alteração do paradigma do fornecimento e do da composição do preço, uma qualquer *quota de disponibilidade, quota fixa, quota de serviço, potência volumétrica, termo fixo natural, potência contratada*, estaremos face a uma parcela injustificável da factura, a um valor que exorbita do preço e constitui, por isso, patente agressão ao estatuto e à bolsa do consumidor.

Em suma, a substituição, nas facturas, da denominação “**CONSUMO MÍNIMO**” – correspondente a um acto material consubstanciado em determinado valor – constitui, na realidade, medida ferida de **ILICITUDE**, com o que não é recomendável se compactue por atingir, em pleno, o *princípio*

*da protecção dos interesses económicos do consumidor*, constitucionalmente consagrado no artigo 60 da Constituição da República.

Na realidade, se após a proibição decretada pela Lei 23/96, de 26 de Julho, ao CONSUMO MÍNIMO se substitui, sem correspondência com uma alteração do paradigma do fornecimento e do da composição do preço, uma qualquer *quota de disponibilidade, quota fixa, quota de serviço, potência volumétrica, termo fixo natural, potência contratada*, estaremos face a uma parcela injustificável da factura, a um valor que exorbita do preço e constitui, por isso, patente agressão ao estatuto e à bolsa do consumidor.

## **V. A PROIBIÇÃO DO ALUGUER DO CONTADOR E SUA SUBSTITUIÇÃO POR TARIFAS, TAXAS OU QUOTAS DE DISPONIBILIDADE, DE SERVIÇO OU COM OUTRA DENOMINAÇÃO EQUIVALENTE**

Em 26 de Fevereiro de 2008, pela Lei 12/2008, se reformulou a estrutura do artigo 8º, aditando-se à os nºs 2 e 3 e proibindo-se, de par com os consumos mínimos, o aluguer dos contadores e aclarando-se o sentido e alcance da norma primitivamente editada.

Eis o teor do artigo em referência:

### **Artigo 8º**

#### **Consumos mínimos e contadores**

1 – São proibidas a imposição e a cobrança de consumos mínimos.

2 – É proibida a cobrança aos utentes de:

a) Qualquer importância a título de preço, aluguer, amortização ou inspecção periódica de contadores ou outros instrumentos de medição dos serviços utilizados;

b) Qualquer outra taxa de efeito equivalente à utilização das medidas referidas na alínea anterior, independentemente da designação utilizada;

c) Qualquer taxa que não tenha uma correspondência directa com um encargo em que a entidade prestadora do serviço efectivamente incorra, com excepção da contribuição para o audiovisual;

d) Qualquer outra taxa não subsumível às alíneas anteriores que seja contrapartida de alteração das condições de prestação do serviço ou dos equipamentos utilizados para esse fim, excepto quando expressamente solicitada pelo consumidor.

3 – *Não constituem consumos mínimos, para efeitos do presente artigo, as taxas e tarifas devidas pela construção, conservação e manutenção dos sistemas públicos de água, de saneamento e resíduos sólidos, nos termos do regime legal aplicável.*”

A Lei 12/2008, de 26 de Fevereiro, para nós como para muitos (desde logo com expressa tradução no acórdão de 8 de Abril de 2008 do Tribunal da Relação de Coimbra – relator: Arlindo Oliveira) é de se considerar como “lei que veio interpretar autenticamente a Lei 23/96”.

Calvão da Silva, *in* “Serviços Públicos Essenciais: alterações à Lei 23/96 pelas Leis 12/2008 e 24/2008, a págs. 172, exprimiu-se nestes termos ante a norma que veio a preencher um espaço determinado neste particular:

“A proibição da cobrança aos utentes de “qualquer contrapartida – independentemente do seu *nomen iuris* (preço, aluguer, taxa, “imposto”, encargo, taxa de disponibilidade, amortização, etc.) – pelo uso de contadores e de outros instrumentos de mediação dos consumos evidencia o sentido imperativo da norma do n. 2 do artº 8º: os custos desses instrumentos utilizados para controlo dos consumos efectuados devem ser imputados aos prestadores dos serviços públicos como dispêndios inerentes ao exercício das actividades profissionais em causa”.

Problema desde logo detectado foi o de, com clamor, se haver substituído o aluguer do contador, na água, por tarifas, quotas ou taxas de disponibilidade, de serviço ou fixas, numa aplicação automática, passando a corresponder, em geral, a um seu reforço ou à sua criação *ex novo* de tais tarifas, taxas ou quotas.

A reacção das instituições de consumidores foi imediata. E as manifestações daí decorrentes expressaram-nas com veemência ante tamanhas distorções e uma flagrante subversão do sentido e alcance da lei.

Onde tal se manifeste – ante a composição estrutural dos preços – a conclusão parece óbvia.

Donde, a pretensão em juízo deduzida pela instituição que se propôs instaurar a acção popular administrativa de que ora se cura.

O facto é que não há uma só entidade gestora que, oito anos volvidos, se conforme com as prescrições legais vigentes neste particular.

Não há uma só que apresente aos consumidores uma factura de que transluz a um preço unitário susceptível de exprimir a globalidade dos factores nele confluentes.

Razão por que tais quotas, tarifas ou taxas, isoladamente expressas e historicamente condicionadas (em sinonímia com e em substituição de consumos mínimos e alugueres de contadores...) não têm qualquer suporte enquanto taxas de construção, conservação ou manutenção dos sistemas... sem justificação de base nem contabilidade que deveras a sustente.

Aliás, a reacção, ao tempo assumida, sem que, volvido quase um decénio, eventuais alterações se houvessem produzido, quer, na verdade, significar que os desvios, sem uma forte oposição dos consumidores e com o procrastinar desta decisão, se projectaram no tempo, propiciando vantagens ilícitas às entidades gestoras, na contramão da lei, e oferecendo sinais de permissão a tão ínvios procedimentos.

Contra o que importa, em verdade, reagir.

Desde que a composição do preço obedeça à geometria dos princípios noutro passo plasmados, as taxas devidas pela construção, manutenção ou conservação têm-se por legítimas, contanto que, justificadamente, se provem e figurem como componente do preço global...

Em abstracto, as quotas, tarifas ou taxas, chame-se-lhes lá o que se chamar, são ILÍCITAS e de proscrever. Não poderá ser de outro modo.

## **VI. OS 'ALUGUERES DOS CONTADORES' NA ÓPTICA DO XVII GOVERNO CONSTITUCIONAL (2005 – 2009)**

Tão patentes as desconformidades observadas tão logo veio a lume a Lei 12/2008, de 21 de Maio, com as distorções operadas, que o então secretário de Estado veio a terreiro “desmontar” a “maquilhagem” a que se deram os operadores, incentivando, é facto, as associações de consumidores a instaurarem acções a fim de barrar os intentos dos titulares dos sistemas de distribuição predial de água que se propuseram substituir os “alugueres dos contadores” (os hidrómetros, no caso da água) por “taxas de disponibilidade”.

As notícias da época eram esclarecedores e patenteavam eloquentemente as maquinações em curso, que se vieram a consubstanciar.

Cumprir conferir a notícia infra, recolhida do Portal da TSF – Rádio Jornal (de um Fórum em que, em 19 de Maio de 2008, se debateu longamente o tema e em que o membro do Governo da pasta da tutela interveio).

Eis, pois, em síntese, a posição então adoptada e de que a comunicação social, ao tempo, se fez eco:

1. A posição do Governo, expressa pelo Secretário de Estado da Defesa do Consumidor, ao tempo, e as recomendações por ele difundidas

A 19 de Maio de 2008, num Fórum TSF, radiodifundido às 11.45, conforme registo da época, se emitiu a notícia que segue (colhida, ao tempo, do portal de uma tal Estação de Radiodifusão Áudio):

**“ÁGUA**

**Governo admite que taxa de disponibilidade seja ilegal**

**O secretário de Estado da Defesa do Consumidor admitiu, no Fórum TSF, que a nova taxa de disponibilidade de água criada para substituir a cobrança do aluguer dos contadores pode ser ilegal e aconselhou os consumidores a unirem-se contra as autarquias.**

TSF (11:45 / 19 de Maio 08)

O secretário de Estado da Defesa do Consumidor admitiu, esta segunda-feira, no Fórum TSF, que a nova taxa de disponibilidade de água que as autarquias criaram para substituir a cobrança do aluguer dos contadores pode ser ilegal.

“A questão que eu coloco é de a mera substituição de uma taxa de aluguer que servia para amortizar o contador” por outra taxa que tenha como objectivo “amortizar a construção, conversação e manutenção da rede”, disse.

Admitindo estar “perante um problema”, Fernando Serrasqueiro adiantou que se a taxa de disponibilidade de água coincidir com “um consumo mínimo” será ilegal.

“Tem de haver aqui transparência. Por isso é que eu não compreendo que, pura e simplesmente, a mudança de nome se adequê à legislação que está em curso”, afirmou.

O governante tratou também de aconselhar os consumidores a protestarem contra esta taxa, afirmando que os portugueses devem organizar-se contra os municípios.

Fernando Serrasqueiro disse que o Governo aconselha “todos os consumidores a reclamarem pelas diferentes vias, quer através do Livro de Reclamações, quer utilizando os centros de arbitragem ou eventualmente um instrumento que já deu êxito em Portugal, a acção colectiva”.

“Já dei instruções à Direcção-geral do Consumidor para apoiar todas as associações de consumidores que queiram intentar uma acção colectiva contra as respectivas autarquias”, anunciou.

...

## **VII. A LICITUDE DAS TAXAS PELA CONSTRUÇÃO, CONSERVAÇÃO E MANUTENÇÃO DOS SISTEMAS PÚBLICOS DE ÁGUA, DE SANEAMENTO E RESÍDUOS SÓLIDOS**

O n. 3 do artigo 8º, aditado pela Lei 12/2008, de 26 de Fevereiro, prescreve imperativamente:

“Não constituem consumos mínimos, para efeitos do presente artigo, as taxas e tarifas devidas pela construção, conservação e manutenção dos sistemas públicos de água, de saneamento e resíduos sólidos, nos termos do regime legal aplicável.”

Parece dizer-se o óbvio no preceito de que se trata.

Será natural que tais encargos se repercutam nos preços ao consumidor.

Mas tal não significa, por um lado, que se computem tais taxas à margem do preço, por razões óbvias, ou se abra a porta aos maiores atropelos sem uma clara correspondência com o que, em rigor, é susceptível de ser suportado pelos consumidores, após homologação por quem de direito, em função de critérios previamente definidos.

Mas substituir de plano, como se pretende na, aliás, douta decisão, a justo título impugnada, “toda e qualquer taxa ou quota de disponibilidade...” por eventual taxa devida pela “construção, conservação e manutenção” do sistema”, representa um excesso manifesto e uma abominável ficção que, de nenhum modo, ninguém de boa mente pode perfilhar.

Ademais, a ninguém é lícito olvidar que o princípio-regra da protecção dos interesses económicos do consumidor segundo o qual “preço é o preço total, em que se incluem todos os impostos, contribuições, taxas e demais encargos.

Converter uma “**taxa, tarifa ou quota de disponibilidade..., de serviço, fixa (ou fixa e variável)** em uma **taxa de construção, conservação ou manutenção *ope judicii*** constitui, na realidade, salvo o devido respeito, uma intolerável injunção do poder judicial no poder executivo, ainda que num sistema em que opere a interdependência funcional e representa uma reverberável injunção do poder dos juizes nos poderes eminentemente executivos da administração...

Nada o permite, nada o justifica, para além da confirmação de um intolerável desvio, à margem de toda e qualquer regra, numa praxis sob as bênçãos do poder judicante.

Daí que a mera “conversão” da quota de disponibilidade (...) em taxa de conservação u manutenção, sem qualquer cálculo de base e à margem da regra do preço unitário, se traduzir em acto iníquo e em decisão arbitrária e sem qualquer suporte nem factual nem legal...

## CONCLUSÕES

Ante o que precede, importa concluir.

### EM CONCLUSÃO

Os preços dos serviços públicos essenciais devem ser totais e, como tal, expressos no seu valor global, de modo transparente e inequívoco, neles se incluindo os impostos, taxas e os mais encargos.

**Na composição dos preços dos serviços públicos essenciais os valores correspondentes à exploração, manutenção e conservação dos sistemas devem figurar, de modo coerente e sem sofismas, no preço global.**

**A mera substituição de um serviço mínimo por uma quota de disponibilidade, de serviço ou denominação equivalente, constitui algo de ilícito, não só por sua natureza no específico domínio do consumo, como com repercussões penais (enquadrável na moldura típica do crime de especulação)**

**A mais que isso, a eliminação do “ aluguer do contador ou do hidrômetro (para a do água) e sua substituição por uma quota de**

disponibilidade (ou equivalente) tem a mesma origem (é, a um tempo, um ilícito de consumo e um ilícito criminal) e deve, como tal, ser considerado e pura e simplesmente banido.

A recomposição dos preços dos serviços públicos essenciais é algo que decorre de outro estilo de preocupações e de outra esfera, cumprindo à entidade reguladora ou aos serviços respectivos ajustá-la aos imperativos legais vigentes.

Não se concebe que em lugar de se enveredar por um tal procedimento se substitua o valor colocado no *index* por lei (na versão original da LSPE e subsequente, ora em vigor), i.é, a proibição dos consumos mínimos e a dos alugueres dos contadores, por verbas outras que falta farão decerto à gestão dos sistemas, recriando-se taxas que correspondência alguma terão com o serviço efectivamente prestado, num exercício da mais fértil imaginação, susceptível de lesar profundamente os interesses económicos dos consumidores, legitimamente tutelados.

Uma forma simplista de substituição de parcelas, como a que se denuncia, terá de merecer de um sistema minimamente fundado, e em grau superlativo, um acerado juízo de censura.

As quotas de disponibilidade (de serviço, as fixas, os termos fixos naturais, as taxas de potência contratada ou de volumetria) terão, assim, de ser declarada ilegais, sendo que violam clamorosamente o subprincípio segundo o qual “o consumidor terá de pagar só o que consome na exacta medida do que e em que consome” (emanação do princípio da protecção dos interesses económicos do consumidor, constitucionalmente consagrado).

Os artificios que tendem a ver no contrato de fornecimento um contrato composto de acesso e fornecimento (com parcelas diferenciáveis de composição dos preços) quadram bem a intelectuais sem adesão à realidade, mas não tem suporte na *praxis* e menos ainda nos magnos princípios sobre que se ergue o Direito do Consumo.

E, ainda que assim fosse, tal teria de ser repercutido no preço cuja exibição, como emerge da alínea c) do n. 1 do artigo 8º da LDC – Lei 24/96, de 31 de Julho, terá de se pautar pela totalidade: preço é o preço total em que se incluem impostos, contribuições, taxas e outros encargos.

Coimbra e Villa Cortez, aos 31 de Agosto de 2017

O DIRECTOR,

Mário Frota

## Notas

1 Fenómeno a que se assiste com inusitada frequência no domínio dos serviços de interesse geral, como no que tange à **energia eléctrica** em que o fornecedor promove a mediação de seguros das instalações eléctricas dos consumidores; as **empresas de telecomunicações móveis** negociam os aparelhos e associam à operação determinados planos de prestação de serviços; **fornecedores de gás de cidade** que aliam ao fornecimento do combustível o material de queima...

2 Cfr. o n. 8 do artigo 9º da LDC que reza: “**Incumbe ao Governo adoptar medidas adequadas a assegurar o equilíbrio das relações jurídicas que tenham por objecto bens e serviços essenciais, designadamente água, energia eléctrica, gás, telecomunicações e transportes públicos**”.

3 Manifestação recente do recurso ao **princípio-regra da protecção dos interesses económicos** protagonizou-a o Governo de Madrid que pôs imperativamente termo a desmedidas práticas de preços tanto nos lugares de **estacionamento automóvel**, como nas **telecomunicações móveis** (*telefonía celular*), em que se veda a possibilidade, até então silenciada, de por **um minuto** se cobrar **uma hora** ou por **um segundo** se cobrar um **minuto**, respectivamente.

# JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**

Relatora: *Maria dos Prazeres Beleza*

**Acórdão do Tribunal de Justiça**

Relator: *J. Malenovský*

## **EXCERDOS**

### **Do Supremo Tribunal de Justiça (08.06.2017)**

*“Invocou ter realizado um exame de colonoscopia nas instalações da CC, efectuado pelo médico BB, do qual resultou uma perfuração do intestino com as graves consequências que descreve e que a colocaram em perigo de vida”*

*“A inadequação da conclusão de que não se demonstrou a prática de um acto ilícito não significa que se deva desconsiderar o enquadramento contratual da actuação do réu e dos danos dela resultantes”*

### **Do Tribunal de Justiça (07.09.2017)**

*“Na determinação da distância a considerar, deve tomar se como base o último destino a que o passageiro chegará com atraso em relação à hora programada devido à recusa de embarque ou ao cancelamento”*

*“Na determinação do montante da indemnização, apenas há que ter em conta a distância entre o local da primeira descolagem e o destino final, abstraindo de eventuais voos de correspondência”*

## ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2104/05.4TBPVZ.P1.S1  
7ª SECÇÃO  
MARIA DOS PRAZERES  
PIÇARRO BELEZA  
RESPONSABILIDADE  
MÉDICA  
DANOS NÃO PATRIMONIAIS  
CÁLCULO DA  
INDEMNIZAÇÃO  
EQUIDADE  
PRINCÍPIO DA IGUALDADE  
DIREITO À VIDA  
DANO MORTE  
RECURSO DE REVISTA  
OBJECTO DO RECURSO  
OBJETO DO RECURSO  
PRESUNÇÃO DE CULPA  
NEGLIGÊNCIA  
INCAPACIDADE  
PERMANENTE PARCIAL  
08-06-2017  
UNANIMIDADE  
REVISTA  
NEGADA A REVISTA

DIREITO CIVIL – DIREITO  
DAS OBRIGAÇÕES / FONTES DAS  
OBRIGAÇÕES / RESPONSABILIDADE  
CIVIL / MODALIDADES  
DAS OBRIGAÇÕES / OBRIGAÇÃO  
DE INDEMNIZAÇÃO POR DANOS  
NÃO PATRIMONIAIS.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL  
– PROCESSO DE DECLARAÇÃO /  
SENTENÇA (NULIDADES) / RE-  
CURSOS.

– Antunes Varela, Das Obriga-  
ções em Geral, I, 10ª ed., Coimbra,  
2000, 900.

CÓDIGO CIVIL (CC): – ARTI-  
GOS 344º, N.ºs 1 E 2, 494º, 496º, 563º,  
798º, 799º, N. 2.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL  
(CPC): – ARTIGOS 615º, N. 1, ALS.  
D) E B), 666º.

ACÓRDÃOS DO SUPREMO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

– DE 19 DE JUNHO DE 2001,  
PROC. N. 01A1008, EM WWW.  
DGS1.PT .

– DE 25 DE JUNHO DE 2002,  
PROC. N. 02A1321, WWW.DGS1.PT;  
DE 31 DE JANEIRO DE 2012, WWW.  
DGS1.PT , PROC. N. 875/05.7TBILH.  
C1.S1, WWW.DGS1.PT .

– DE 22 DE MAIO DE 2003,  
PROC. N. 03P912, WWW.DGS1.PT

– DE 11 DE JULHO DE 2006,  
PROC. N. 06A1503, WWW.DGS1.PT

– DE 5 DE JULHO DE 2007,  
PROC. N. 07A1734, WWW.DGS1.PT

– DE 28 DE FEVEREIRO DE  
2008, DE 25 DE JUNHO DE 2009  
E DE 7 DE OUTUBRO DE 2010,  
RESPECTIVAMENTE PROCS. N. S  
08B388, 08B3234 E 839/07.6TBPFR.  
P1.S1, WWW.DGS1.PT .

– DE 4 DE MARÇO DE 2008,  
WWW.DGS1.PT, PROC. N. 08A183

– DE 23 DE OUTUBRO DE 2008,  
PROC. N. 08B2318 OU DE 7/10/2010,  
PROC. N. 839/07.6TBPFR.P1.S1,  
WWW.DGS1.PT

– DE 24 DE SETEMBRO DE  
2009, PROC. N. 09B0368, , WWW.  
DGS1.PT

– DE 17 DE JANEIRO DE  
2013, WWW.DGS1.PT, PROC. N.  
9434/06.6TBMETS.P1.S1

– DE 1 DE JULHO DE 2010,  
PROC. N. 623/09.2YFLSB, EM  
WWW.DGS1.PT

– DE 7 DE JULHO DE 2010, PROC. N. 1399/06.OTVPRT.P1.S1, WWW.DGSI.PT

– DE 28 DE OUTUBRO DE 2010, WWW.DGSI.PT ; PROC. N. 272/06.7TBMTR.P1.S1, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2009, PROC. N. 381-2002.S1, WWW.DGSI.PT .

– -DE 7 DE JUNHO DE 2011, PROC. N. 3042/06.9TBPNF.P1.S1, WWW.DGSI.PT .

– DE 23 DE NOVEMBRO DE 2011, PROC. N. 90/06.2TBPTL.G1.S1, CITADO NO ACÓRDÃO DE 31 DE MAIO DE 2012, PROC. N. 14143/07.6TBVNG.P1.S1, WWW.DGSI.PT .

I – O fundamento e o objectivo da indemnização pela perda do direito à vida não é o mesmo que preside à indemnização por danos não patrimoniais de que beneficia o próprio lesado.

II – Embora seja exacto que o direito à vida é o *mais valioso de todos os direitos*, os valores indemnizatórios que os tribunais vêm atribuindo por morte – que, na maioria dos casos, oscilam entre os € 50 000 e os € 80 000 – não são limitativos das indemnizações fixadas por danos não patrimoniais, nomeadamente, em casos em que os lesados sobreviveram com lesões de extrema gravidade e fortemente incapacitantes.

II – O recurso à equidade para a determinação da indemnização a atribuir por danos não patrimoniais nos termos do art. 496º, nºs 1 e 3, do CC, não afasta a necessidade de observar as exigências do princípio da igualdade, o que implica a procura

de uma uniformização de critérios naturalmente não incompatível com a devida atenção às circunstâncias do caso.

III – Tratando-se de uma indemnização fixada pelas instâncias segundo a equidade, mais do que discutir a aplicação de puros juízos de equidade que, em rigor, não se traduzem na resolução de uma “questão de direito”, num recurso de revista importa essencialmente verificar se os critérios seguidos e que estão na base de tais valores indemnizatórios são passíveis de ser generalizados e se se harmonizam com os critérios ou padrões que, numa jurisprudência actualista, devem ser seguidos em situações análogas ou equiparáveis.

IV – Resultando da factualidade provada que como consequência de perfuração do intestino ocorrida no decurso da execução de uma colonoscopia, a autora teve um sofrimento significativo, apercebeu-se do perigo da perda da vida, foi submetida a diversas intervenções cirúrgicas subsequentes, passou a sofrer de limitações na sua vida em face da visibilidade das cicatrizes, ficou com uma incapacidade geral permanente de 16 pontos, e sendo certo que o grau de culpa do lesante se situa no campo da negligência legalmente presumida, considera-se adequado confirmar o montante de € 80 000 fixado pela Relação a título de danos não patrimoniais.

**Acordam, no Supremo Tribunal de Justiça:**

I. Em 1 de Outubro de 2015, a fls. 2043, foi proferido neste Supremo Tribunal o seguinte acórdão, que se

transcreve parcialmente, por comodidade, no que agora releva:

1. « AA propôs uma acção contra BB, Hospor – Hospitais Portugueses, SA – CC, Hospital da ... de V... e Hospital de S. ..., pedindo a sua condenação solidária no pagamento de uma indemnização de € 304.711,55 (€ 200.000,00 por danos não patrimoniais, o restante por danos patrimoniais), com juros de mora, contados à taxa legal desde a citação até efectivo pagamento; e ainda no “valor relativo a danos futuros e que se vier a liquidar em execução de sentença”.

Como fundamento, invocou ter realizado um *exame de colonoscopia* nas instalações da CC, efectuado pelo médico BB, do qual resultou uma perfuração do intestino com as graves consequências que descreve e que a colocaram em perigo de vida, obrigaram a várias intervenções cirúrgicas e a internamento hospitalar prolongado, no Hospital de S... A..., e a tratamentos, cuidados e sofrimentos posteriores à alta hospitalar.

Disse ainda que, após o exame, e por causa das dores e mal estar agudo que sentiu, se deslocou aos serviços de urgência do Hospital da Nossa Senhora da Conceição de V... e do Hospital de S. ..., no qual procurou o primeiro réu, sem que tivesse sido detectada a perfuração e realizado o tratamento devido.

Contestaram:

– O Hospital da ... de V..., sustentando a incompetência do tribunal e a competência da jurisdição administrativa, por se tratar de uma “*acção de responsabilidade civil extracontratu-*

*al*” e de “*um estabelecimento público dotado de personalidade jurídica e autonomia administrativa, financeira e patrimonial [com] natureza empresarial (...) integrado no Serviço Nacional de Saúde*”. Impugnou matéria de facto e disse que os factos alegados eram insuficientes para determinar qualquer responsabilidade da sua parte, não existindo nexos de causalidade entre os que lhe são atribuídos e os danos invocados;

– O Hospital de S. ..., impugnando diversos factos e dando a sua versão de outros, nomeadamente quanto ao abandono dos seus serviços pela autora, quando já tinha realizado alguns exames e ainda havia que realizar mais, “*impedindo, assim, a conclusão definitiva do diagnóstico e a terapêutica adequada à sua situação clínica*”. Sustentou ainda que, quer o serviço de urgência, quer os médicos que a atenderam, actuaram de acordo com as *leges artis* “*e com o zelo e a diligência que lhe eram exigidos no caso concreto*” e que, de qualquer forma, o montante indemnizatório pedido era exagerado. Disse ainda que as despesas hospitalares foram suportadas pela ADSE e que nunca poderia ser condenado solidariamente com os demais réus, “*já que a sua responsabilidade – a existir – sempre seria limitada*”;

– Hospor – Hospitais Portugueses, SA, “*sociedade anónima que se dedica à prestação de serviços médicos na Clínica que possui e explora (...) denominada CC*”, dizendo que o exame realizado por BB, auxiliado por uma enfermeira, decorreu com toda a nor-

malidade e com respeito escrupuloso “das regras e técnicas da ciência e prática médicas”, que a autora nunca mais se dirigiu às suas instalações, que a perfuração do intestino “é uma complicação possível à realização de um exame de colonoscopia”, que a que ocorreu não resultou de qualquer incuria ou negligência; e impugnando muitos factos alegados pela autora.

Requeru a intervenção provocada da Companhia de Seguros DD, S.A., invocando um contrato de seguro;

– BB defendeu-se por impugnação e contrapôs que o exame “foi feito com respeito pelas *leges artis do officio*, e com o zelo e cuidado exigíveis por tal procedimento (*acto médico*)”; que, durante o exame, a autora – a quem tinha sido ministrado um sedativo – reagiu normalmente; que, quando a mesma recorreu à urgência do Hospital de S. ..., actuou de acordo com as regras, “*pelo que a realização de um diagnóstico completo e definitivo apenas foi impedida, única e exclusivamente, pela atitude da autora de puro e simples abandono da urgência*”; que a perfuração pode resultar de outras causas, que não da colonoscopia; que “*é um médico gastroenterologista com uma vasta experiência, altamente prestigiado e de grande competência*”; que a autora exagera na indemnização pedida e apresenta traços de “*mentalidade obsessiva*” e de fragilidade psicológica, em consideração dos quais o réu optou por “*não proceder criminalmente contra aquela*” quando o insultou, “*nas instalações da CC*”.

Disse ainda que a autora tinha apresentado *queixa-crime* contra ele, o que preclui a possibilidade de pedir uma indemnização em acção civil, devendo a instância ser suspensa “*até que o tribunal competente* (o tribunal criminal) *se pronuncie*”, citando o N. 1 do (então) artigo 97º do Código de Processo Civil (artigo 71º Código de Processo Penal); e sustentou a inexistência de solidariedade entre os réus, devendo qualificar-se a situação dos autos como um caso de coligação passiva (e não de litisconsórcio).

A autora replicou.

A Companhia de Seguros DD, S.A. veio contestar (fls. 285).

BB requereu a intervenção da Companhia de Seguros EE, o que foi deferido a fls. 418; a interveniente contestou, a fls. 428.

Na audiência preliminar, os réus Hospital de S. ... e Hospital ..., de V..., foram absolvidos da instância, por incompetência do tribunal (fls. 489).

2. A acção foi julgada parcialmente procedente pela sentença de fls. 1303, nestes termos:

– BB e EE – Portugal, Companhia de Seguros, SA foram condenados a pagar à autora uma indemnização de € 150.000,00 por danos não patrimoniais, “*sendo que, deste valor, o de € 85.156,77 será pago pela seguradora e o remanescente pelo réu*”, com juros de mora contados à taxa legal de 4% desde a sentença até efectivo pagamento;

– BB e EE – Portugal, Companhia de Seguros, SA foram condenados a pagar à autora uma indemnização de € 4.594,13 por danos patrimoniais, com juros de mora, vencidos e vincen-

dos, contados à taxa legal de 4% desde a citação até efectivo pagamento;

– Quanto ao mais, estes réus foram absolvidos do pedido;

– Hospor – Hospitais Portugueses, SA – CC e a Companhia de Seguros DD, S.A., foram absolvidas do pedido.

Em síntese, o tribunal entendeu que, porque “*durante a realização da colonoscopia veio a autora a sofrer de perfuração do intestino*”, se verificou “*a violação ilícita de um direito de personalidade (mais concretamente a integridade física da autora), estranho à realização do contrato*”, estando provados factos que preenchem os pressupostos da obrigação de indemnizar: o facto ilícito (violação da integridade física da autora), os danos, o nexo de causalidade e a culpa. Segundo o tribunal, “*perante a matéria em causa, há que concluir que o réu actuou culposamente, não logrando provar que efectuou a colonoscopia cumprindo todas as exigências técnicas e todos os deveres de cuidado que conhecia e que podia observar (...), sendo a sua conduta profissional tanto mais censurável, quanto é certo que o réu se trata, não apenas de um especialista, mas de um gastroenterologista experiente, reputado e, logo, há que concluir-se, com conhecimentos e capacidades acima da média*”.

Mas a sentença foi revogada pelo acórdão do Tribunal da Relação do Porto de fls. 1813, que absolveu do pedido os réus BB e EE – Portugal, Companhia de Seguros, SA. O Tribunal da Relação considerou que o litígio se situava no âmbito da res-

ponsabilidade civil contratual, mas que não estava provada “*a ilicitude da conduta*” do réu, uma vez que se não demonstrou nenhum *erro médico* que estivesse na origem da perfuração do intestino.

3. A autora recorreu para o Supremo Tribunal de Justiça.

(...)

Os réus contra-alegaram, sustentando que o acórdão recorrido deve ser confirmado.

(...)

O recurso foi admitido como revista, com efeito devolutivo.

4. Vem provado o seguinte (transcreve-se do acórdão recorrido):-

1. *A Ré e a Companhia de Seguros DD, no dia 27 de Fevereiro de 2002, celebraram entre si um contrato de Responsabilidade Civil – Clínica Médica e Lar de Idosos, titulado pela Apólice n. 000...., pelo qual aquela transferiu para esta a responsabilidade civil extracontratual por danos patrimoniais e não patrimoniais causados a terceiros, incluindo clientes, em consequência de lesões corporais e ou materiais, que ocorram durante o período de vigência da apólice, decorrente da actividade Clínica Médica e Lar de Idosos, utilizando para o efeito instalações, equipamentos e pessoas.*

2. *A Interveniante EE Portugal – Companhia de Seguros, SA celebrou, em 19-02-1990, com o Réu BB um acordo de seguro do ramo responsabilidade civil garantindo os riscos inerentes ao exercício da profissão – Gastroenterologia – acordo esse titulado pela apólice n. 8...-0... que à data dos factos em causa nos autos, vigorava*

com o capital máximo por anuidade e por sinistro de 85.156,77 € em danos corporais e de 17.654,45 €, em danos materiais, estando sujeito a uma franquia a cargo do segurado de 49,88 € em danos materiais.

3. No dia 22 de Junho de 2002, a autora foi submetida a um exame de colonoscopia, nas instalações da segunda ré, CC, sita nesta cidade da P... de V...

4. Tal exame foi efectuado pelo primeiro réu, Dr. BB, que ali exercia, e exerce actualmente, a sua actividade profissional de gastroenterologista.

5. Sendo que, tal exame, foi realizado a requisição do mesmo réu, Dr. BB.

6. No decurso do exame e aquando da passagem do aparelho pelos intestinos, a autora sentiu dores.

7. Facto que, de imediato, comunicou ao primeiro réu.

8. A autora soltou gritos, demonstrando, desta forma, ao primeiro réu as dores que sentia.

9. Concluído o exame, o primeiro réu, Dr. BB, comunicou à autora que estava tudo bem.

10. Segundo referiu, a autora não apresentava quaisquer lesões nos intestinos.

11. Durante os dois dias que se seguiram à realização daquele exame, colonoscopia, a autora foi acometida de obstipação intestinal.

12. Em face dessa situação, no dia 24 de Junho, a autora ingeriu dois comprimidos Dulcolax.

13. Não obstante a ingestão dos mesmos, a situação manteve-se inalterada.

14. No dia 25 de Junho, da parte da manhã, a autora sentiu intensas dores abdominais, concretamente no fundo da barriga, e vômitos alimentares.

15. Tendo, de imediato, sido chamada uma ambulância que a transportou ao Hospital de ..., aqui terceira ré.

16. Onde deu entrada no Serviço de Urgência, cerca das 10h13m.

17. Nesse Estabelecimento de Saúde esteve a autora em observações por um período de cerca de 3h.

18. Durante o qual lhe foi efectuado um teste sumário de urina que revelou corpos cetónicos e leucócitos.

19. Diagnosticada uma infecção urinária, tendo sido medicada para o efeito.

20. Cerca das 13h foi-lhe concedida alta médica tendo a autora regressado a casa.

21. Nesse mesmo dia, dado o mau estar que persistia em não terminar, e o agravar das dores, que cada vez eram mais fortes e insuportáveis, a autora telefonou ao réu, Dr. BB, a quem pôs ao corrente do seu estado.

22. E referiu que sentia muitas dores no abdómen e um mau estar geral.

23. Bem como, referiu que havia recorrido à Urgência do Hospital de V...

24. Tendo-lhe sido diagnosticada uma infecção urinária e ministrada medicação para o efeito.

25. Em face desse telefonema, o réu, Dr. BB, disse à autora para, caso a situação agravasse, comparecer no dia seguinte, no Hospital de S. ..., altura

em que o mesmo estava de serviço na urgência.

26. De acordo com as indicações do primeiro réu, e também porque o estado de saúde da autora apresentava-se cada vez mais grave, no dia 26 de Junho, cerca das 11h08m a autora deu entrada no Serviço de Urgência do Hospital de S. ....

27. De imediato, o marido da autora tentou contactar o primeiro réu, Dr. BB, o que conseguiu, no serviço de gastroenterologia.

28. O réu referiu que iria ao serviço de urgência consultar a autora.

29. Decorridas que foram cerca de cinco horas, depois de disponíveis os exames complementares é que o réu se deslocou ao serviço de urgência para analisar a autora.

30. Nesse Hospital, e no período de tempo em referência, a autora foi submetida a diversas análises clínicas, efectuou raio-x e uma ecografia abdominal.

31. Para além de que, durante várias horas, foi injectada com soro fisiológico.

32. Sem que lhe fosse diagnosticada qual a origem das dores abdominais que sentia.

33. Cujas intensidade não diminuía.

34. Não obstante ter sido submetida aos exames referidos, a autora permaneceu neste Serviço de Urgência cerca de 11h sem que tenha sido elaborado um diagnóstico da situação ou definida a terapêutica a seguir.

35. A sua situação clínica piorava de minuto a minuto, e uma vez que a situação não se resolvia, a autora des-

locou-se para o Hospital de S... A..., no P..., onde deu entrada no Serviço de Urgência, cerca das 22h49m.

36. Nesse Hospital foi-lhe diagnosticado quadro de abdómen agudo que se verificou estar relacionado com peritonite fecal secundária a perfuração com cerca de 2 cms de diâmetro, no cólon sigmóide distal e peritonite generalizada.

37. Durante a realização da colonoscopia a que a autora foi submetida em 22 de Junho de 2002, realizado pelo primeiro réu, a autora sofreu perfuração do intestino, junto ao colo sigmóide, o que veio a determinar o que consta do N. anterior.

38. Em face do diagnóstico, e nessa mesma noite, foi a autora submetida a uma intervenção cirúrgica de urgência, designada por «operação de Hartmann».

39. O estado pré-operatório era o de sépsis com disfunção multiorgânica dominada pela falência respiratória, cardio-circulatória, digestiva, hematológica e renal.

40. Cerca de vinte e quatro horas do pós-operatório a autora foi relaparotomizada por isquemia segmentar do território dependente da artéria mesentérica inferior.

41. É sujeita a colectomia segmentar esquerda.

42. A persistência do quadro séptico intra-abdominal determinou que fosse necessária relaparotomização.

43. Nos dias 3, 12 e 16 de Julho de 2002, a autora foi relaparotomizada de novo.

44. A evolução do quadro clínico foi lenta e difícil, complicando-se

com sucessivas bacteriemias, e agravamento da sépsis no contexto da peritonite e infecção da ferida operatória.

45. No dia 24 de Julho de 2002, a autora foi traqueostomizada para protecção da via aérea.

46. No dia 4 de Agosto passou a ventilação espontânea, suficiente do ponto de vista respiratório e hemodinâmico.

47. Com função renal e hematológica recuperadas.

48. Sendo que, nessa data, a autora já era capaz de se alimentar por via oral.

49. A autora esteve internada na Unidade de Cuidados Intensivos do Hospital de S... A... cerca de 43 dias, por referência à data de entrada na urgência daquele Hospital.

50. No dia 8 de Agosto de 2002, a autora foi transferida para o UCPO, tendo em 21 de Agosto de 2002 sido transferida para os Serviços de Cirurgia I do mesmo Hospital, até ao dia 29 de Agosto de 2002, data em que lhe foi concedida alta hospitalar.

51. Durante o período de tempo que esteve nos cuidados intensivos do Hospital de S... A..., a autora esteve em permanente perigo de perder a vida.

52. Esteve ligada a um ventilador durante vários dias, completamente inanimada.

53. Sem reconhecer os próprios familiares mais próximos.

54. A sobreviver à custa de máquinas artificiais, que lhe mantinham os órgãos essenciais e vitais em funcionamento.

55. Após a alta Hospitalar, a autora regressou a sua casa, em situação de total dependência de terceiras pessoas.

56. Foi transportada numa ambulância, deitada numa maca, uma vez que apenas mexia a cabeça e as mãos.

57. Na data da alta hospitalar, a autora regressou para casa com colostomia (saco que armazena as fezes, dado que o recto estava fechado em consequência das cinco intervenções cirúrgicas a que foi submetida).

58. Durante os cerca de dois meses e meio que esteve completamente imobilizada na cama do Hospital, a autora perdeu massa muscular.

59. O que originou a situação de tetraparésia em que se manteve por cerca de três meses.

60. E determinou que, durante cerca de três meses após a alta hospitalar, a autora se visse na necessidade de se deslocar numa cadeira de rodas, pois não se conseguia deslocar pelos seus próprios meios.

61. Nesse período de tempo, e dado o facto de não se poder movimentar, a autora necessitava permanentemente que lhe efectuassem os cuidados diários de higiene.

62. Que providenciassem pela sua alimentação.

63. E a acompanhassem, à casa de banho, para urinar.

64. O que, nos primeiros dias se revelava necessário sensivelmente de duas em duas horas.

65. A autora esteve algaliada bastante tempo.

66. Durante esse período de tempo em que estive em casa sem se poder movimentar, a autora precisou da ajuda permanente de uma terceira pessoa, para lhe dar a medicação prescrita, proceder à desinfecção diária da pequena incisão resultante da traqueostomia e proceder ao tratamento diário da sutura.

67. A sutura tinha cerca de 25 cm de comprimento e não se encontrava cicatrizada.

68. A colostomia encontrava-se muito próximo da incisão.

69. Era frequente o saco da colostomia deslocar-se este deslocar-se, e verificar-se o resvalamento das fezes para a zona da sutura.

70. O que determinava a necessidade de lavagem cuidadosa da zona da ferida para evitar perigo de infecção.

71. Após a alta hospitalar a autora continuou a ser acompanhada pelo Hospital de S... A... em regime de consulta externa.

72. Por indicação do mesmo Hospital, a autora recorreu ao Centro de Saúde de E... para lhe prestar assistência, designadamente, no tratamento diário da incisão no abdómen, resultante das intervenções cirúrgicas a que foi sujeita, bem como, no tratamento diário da colostomia.

73. Recebeu diariamente em sua casa, e durante cerca de quatro meses, a assistência de uma enfermeira que efectuava a limpeza da ferida e procedia à mudança do saco de que era portadora.

74. Como a sutura não cicatrizava, no dia 22 de Janeiro de 2003, a

autora foi internada no Hospital de S... A..., onde foi observada por um cirurgião.

75. No dia 4 de Fevereiro de 2003, foi a autora submetida a nova intervenção cirúrgica, para reconstrução do trânsito intestinal com coloproctostomia termino terminal e correcção de eventração.

76. No dia 10 de Fevereiro de 2003, em face de seroma da ferida operatória, foi efectuada drenagem da mesma com abertura parcial da ferida.

77. Em face de supuração da ferida operatória foi efectuado abertura da mesma em quase toda a sua extensão.

78. No dia 3 de Novembro de 2003 foi concedida à autora alta médica.

79. Depois do internamento referido em 74. a autora regressou a casa.

80. Após o que, continuou a receber assistência da enfermeira do Centro de Saúde e dos seus familiares.

81. E a ser consultada no Hospital de S... A... em regime ambulatorio.

82. Onde efectuou tratamentos de medicina física de reabilitação (fisioterapia).

83. Após ter recuperado a consciência a autora apercebeu-se da gravidade da situação, tendo plena consciência de que corra perigo de vida.

84. Como consequência directa e necessária dos factos supra descritos e do que consta de 37., a autora apresenta, como sequelas com carácter permanente:

– cicatriz no abdómen, com 34 cm de comprimento e com 1 centímetro de largura, máxima, estendendo-se ao hipogastro, facilmente visível;

- cansaço frequente;
- diminuição de auto-estima;
- mal-estar no abdómen.

85. Como consequência dos mesmos factos, e do que consta de 37., a autora sofreu muitas dores.

86. Sofreu de grande angústia, ansiedade e revolta, que ainda hoje sente.

87. Não fosse a rápida intervenção dos técnicos do Hospital de S... A..., a autora não teria sobrevivido e teria perdido a vida naquele dia.

88. A autora ainda hoje sofre com as sequelas resultantes da lesão de que foi vítima.

89. Sequelas estas que jamais desaparecerão e a acompanharão até ao resto da sua vida.

90. Após a ocorrência dos factos supra descritos, a autora padeceu de angústias e sofrimentos múltiplos e receou pela própria vida.

91. Toda a evolução das lesões sofridas foi para a autora um tormento, na medida em que durante cerca de um ano, não viu muitas melhoras do seu estado de saúde.

92. A sutura permaneceu cerca de 13 meses até à cicatrização completa.

93. Ao longo desse tempo teve muitas complicações de saúde relacionadas com as lesões de que foi vítima, e que originaram as várias intervenções cirúrgicas a que foi submetida.

94. Foram imensas as noites em que não dormiu, devido às dores que sentia.

95. Foram imensos os dias em que chorou.

96. Durante um período de vários meses após a alta hospitalar, a autora

foi portadora de colostomia (portadora de saco que armazena as fezes).

97. O que a envergonhava bastante.

98. Sempre que saía à rua, a autora passava imensos tormentos, tendo sempre a sensação de que exalava um mau cheiro e que as outras pessoas se apercebiam do mesmo, sofrendo muito com isso.

99. Achava sempre que as pessoas se afastavam dela, devido ao mau cheiro que exalava.

100. A autora sentia-se pois envergonhada e humilhada pela situação em que se encontrava e para a qual em nada contribuiu.

101. Toda esta situação gerou na autora um sentimento de tristeza profundo.

102. Como consequência dos factos descritos, a autora apresenta actualmente um agravamento de doença depressiva.

103. O que acarreta uma limitação da sua autonomia pessoal.

104. À data do incidente, a autora era uma mulher completamente independente.

105. Exercia a profissão de enfermeira e estava profissionalmente activa.

106. Era uma mulher habitualmente alegre e bem-disposta.

107. Após a lesão de que foi vítima, a autora não mais voltou a trabalhar.

108. A autora é actualmente uma mulher triste.

109. Como consequência dos factos descritos a autora apresenta uma incapacidade permanente geral de 16 pontos.

110. A execução das tarefas diária implica, para a autora, esforços suplementares.

111. A autora jamais esquecerá todo o sofrimento, dor e tormentos por que passou.

112. Como consequência directa e necessária das lesões sofridas, a autora é actualmente portadora de cicatrizes que resultaram na sequência das intervenções cirúrgicas a que foi sujeita.

112. A autora é portadora de uma cicatriz na base da face anterior do pescoço resultante da traqueostomia a que foi sujeita, com 5 cm de comprimento e 3 mesmo de largura.

113. As referidas cicatrizes são facilmente visíveis.

114. O que suscita na autora um sentimento de vergonha e desgosto.

115. Que é determinante no tipo de roupas que veste.

116. Após a ocorrência dos factos descritos nos presentes autos, a autora nunca mais foi à praia.

117. Sente imensa vergonha e desconforto em expor a todos os olhares, as referidas cicatrizes que lhe cobrem o corpo.

118. Em data anterior, a autora não era portadora de qualquer cicatriz.

119. Em consultas médicas realizadas na sequência da lesão sofrida, a autora despendeu, pelo menos, a quantia de € 618,98.

120. Na sequência da lesão sofrida, na compra de medicamentos, despendeu a autora quantia não concretamente apurada, mas que ascendeu, pelo menos, a quantia de € 2.000,00.

121. Em exames e tratamentos efectuados na sequência e por via da lesão sofrida, despendeu a autora, pelo menos, a quantia de € 147,90.

122. Na compra de uma cadeira de rodas despendeu a autora a quantia de € 199,00.

123. O exame em apreço nestes autos foi realizado nas instalações da segunda ré, com aparelhos médicos pertencentes à mesma.

124. E com o seu acordo e autorização.

125. À data dos factos, o primeiro réu prestava serviços à segunda ré, sendo remunerado por esta, tendo efectuado o exame em questão no âmbito dos serviços que lhe estava a prestar na altura.

126. A autora pagou o valor em que orçou o dito exame, à segunda ré.

127. A perfuração do intestino é uma complicação rara que pode ocorrer na realização de um exame de colonoscopia, mesmo cumprindo-se com as regras de boa prática da medicina.

128. O resultado da ecografia abdominal a que a ré foi submetida, revelou a existência de uma pequena quantidade de líquido intraperitoneal.

129. A Autora, depois de aberta a respectiva ficha de urgência, foi observada pelas 12.15 horas por um dos médicos que se encontrava nos serviços de urgência do Hospital de S. ... do Porto, o qual trocou impressões, depois, com o Réu BB sobre os exames que haviam de ser realizados à Autora.

130. Tais exames, análises ao sangue, raio x abdominal simples e eco-

grafia abdominal foram realizados cerca das 14 horas.

131. À Autora foram administrados analgésicos.

132. A autora abandonou, cerca das 22 horas, os serviços de urgência do Hospital de S. ....

133. Tal facto impediu os respectivos serviços médicos de realizarem o respectivo diagnóstico e de adoptarem as medidas adequadas ao mesmo.

134. A Autora quando contactou o primeiro réu apresentava já um quadro abdominal de dor e obstipação.

135. *Daí a marcação de consulta com o 1º Réu.*

136. *E daí também a realização do exame de diagnóstico em análise (colonoscopia) concretamente realizado.*

136. *Antes da realização do exame em causa à Autora foi administrado à mesma sedativo (sedação consciente).*

137. *O exame em questão (colonoscopia) não constitui um exame rotineiro, nem tem, na situação em causa, qualquer função curativa.*

138. *O 1º réu não teve qualquer participação no serviço de urgência dos hospitais de V... e de S... A....*

139. *Desconhecendo todo o procedimento e actuação médicas.*

140. *O 1º réu é um gastroenterologista com uma vasta experiência, altamente prestigiado e de grande competência, aliás por todos reconhecida.*

141. *A autora já vinha tendo acompanhamento psiquiátrico antes dos factos a que se refere na sua petição inicial.»*

5. A recorrente coloca as seguintes questões (N. 4 do artigo 635º do Código de Processo Civil):

– Eliminação do quesito 180º da base instrutória e da respectiva resposta;

– Qualificação da responsabilidade civil em causa no presente processo;

– Verificação dos pressupostos da responsabilidade civil e consequente dever de indemnizar.

O recorrido requer subsidiariamente a ampliação do objecto do recurso, no que toca à determinação do montante indemnizatório, apreciando “a questão formulada (relativamente ao ‘quantum indemnizatório’) no recurso apresentado da decisão de 1ª instância”, ou remetendo o processo à Relação para que a aprecie.

EE – Portugal, Companhia de Seguros, SA também questiona o montante da indemnização fixada em 1º Instância.

6. O quesito 180º tinha a seguinte redacção (fls. 512): “O exame (colonoscopia) foi feito com respeito LEGIS AR-TIS do ofício?”

No julgamento da matéria de facto, de fls.1282 e segs., respondeu-se a este quesito “Não provado” (fls. 1292), com a seguinte justificação (fls. 1299): “Quanto aos factos constantes do quesito 180º, julgados não provados, cumprirá ainda mencionar que de nenhum dos meios de prova produzidos poderá concluir-se com segurança pela sua realidade, inexistindo qualquer meio de prova contundente e inequívoco susceptível de os confirmar, não permitindo assim a formação de uma convicção positiva quanto a eles”.

No recurso de apelação, este julgamento foi impugnado. Mas o tribunal da Relação entendeu que tal quesito tinha uma “*manifesta formulação conclusiva*”, correspondendo no fundo ao «*“thema decidendum” da acção*», sendo insusceptível de resposta; por esta razão, considerou *não escrita* a resposta que lhe foi dada.

É incontestável que, tendo em conta o regime processual então vigente, com as regras que se conhecem no que respeita à construção da base instrutória e ao formalismo relativo à produção da prova, não podia servir de base a essa prova um quesito assim redigido, sem identificação das concretas regras ou procedimentos cuja observância estava em causa; e é igualmente incontestável que, a ser aceitável e admissível, uma resposta *positiva* equivaleria ao julgamento de uma questão de direito da maior relevância na acção.

No entanto, a verdade é que a resposta negativa torna irrelevante o modo como o quesito foi formulado, *pois nada acrescenta à prova*.

Como é evidente, o julgamento de *não provado* que determinadas regras foram cumpridas não equivale a um julgamento de que *essas mesmas regras não foram cumpridas*; regras essas, aliás, cujo conteúdo também *carecia de ser provado*. Apenas significa que *não há prova*, havendo então que aplicar, para decidir de direito, as regras que repartem o ónus da prova entre as partes da acção, quanto *aos factos que ficaram por provar*.

Mas, seja como for, trata-se de um quesito construído de uma forma que

o inutiliza; razão pela se não altera a decisão da Relação, quanto a este ponto; para além do mais, o que o recorrente pretende é inútil, como se disse.

7. A recorrente discorda da qualificação como *contratual* da responsabilidade civil em que baseia o pedido de indemnização, pugnando pela recuperação da qualificação escolhida em 1ª Instância, de responsabilidade extra-contratual. Subsidiariamente, sustenta que o seu pedido também seria procedente à luz das regras da responsabilidade contratual.

Como todos sabemos, no tratamento jurisprudencial e doutrinal da responsabilidade civil por acto médico tem sido repetidamente apontada a necessidade de ultrapassar essa distinção e as diferenças de regime que, pelo menos num ponto central – o ónus da prova da *culpa* do lesante –, se encontram na regulamentação genérica de uma e outra modalidades de responsabilidade civil (cfr., a título de exemplo, o acórdão deste Supremo Tribunal de 19 de Junho de 2001, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), proc. n. 01A1008).

O caso concreto, porém, tendo em conta a prova feita, reveste-se de uma relativa simplicidade, quer do ponto de vista dos factos, quer na perspectiva do direito.

Com efeito, vem provado que, por acordo entre a autora e o réu BB, foi celebrado um contrato, destinado à realização de um exame médico – colonoscopia –, que efectivamente foi efectuado; e não se questiona na acção o *resultado* do exame (cfr. em especial os pontos 3, 4, 5, 135 e 136, 9 e 10, dos factos provados).

Sabe-se que se trata de um exame que não é rotineiro e que não teve, no caso concreto, “*qualquer função curativa*” (ponto 137).

Vem provado que, no decurso do exame – na *execução do exame contratado* – ocorreu uma perfuração do intestino da autora e que a causa dessa perfuração foi a execução da colonoscopia (pontos 36 e 37); e ainda que se trata de uma “*complicação rara que pode ocorrer na realização de um exame de colonoscopia, mesmo cumprindo-se com as regras de boa prática da medicina*” (127).

Finalmente, sabe-se ainda que o réu BB é um médico gastroenterologista reconhecidamente de “*vasta experiência, altamente prestigiado e de grande competência*” (140).

A prova não revela – não interessando agora apurar se a alegação das partes permitira ou não saber –, nomeadamente, que procedimentos foram efectivamente seguidos por BB na execução da colonoscopia, de forma a formar um juízo sobre se correspondem (ou não) às *boas práticas da medicina*, ou sobre se BB usou (ou não) da diligência exigível no caso, no plano dos factos e do direito.

Finalmente, sabe-se que, em consequência da perfuração intestinal, a ré sofreu diversos danos, com relevância para os danos não patrimoniais, como consta de inúmeros pontos da matéria de facto provada; e sabe-se também que, depois da realização da colonoscopia, houve intervenção de terceiras entidades (Hospital da Nossa Senhora da Conceição de V..., Hospital de S. ... e Hospital de S... A...) no

diagnóstico e tratamento da perfuração. Desconhece-se, todavia, em que medida essas intervenções (aqui incluindo eventuais omissões) poderão ter contribuído para o *agravamento dos danos*. Sabe-se que não foram a *causa dos danos* – a *causa* foi a perfuração –; mas ignora-se se ou *em que medida* poderão tê-los agravado.

8. Trata-se de um contrato destinado à *realização de um exame médico* – um contrato de *prestação de serviços médicos* (cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Março de 2008, www.dgsi.pt, proc. n. 08A183) –, *sem função curativa*; e não se questiona a correção do *resultado do exame* (diferentemente do caso que se apreciou no acórdão deste Supremo Tribunal de 17 de Janeiro de 2013, www.dgsi.pt, proc. n. 9434/06.6TB-MTS.Pl.S1). Não tem pois utilidade procurar determinar, no caso concreto, se a obrigação que o médico assumiu perante a autora deve ser havida como uma *obrigação de meios* ou *de resultado*, para o efeito de definir o *conteúdo da obrigação contraída* e, assim, apurar o seu *cumprimento* ou *incumprimento* (cfr. o citado acórdão de 4 de Março de 2008). Vem assente que o réu BB assumiu e executou a obrigação de realizar a colonoscopia e deu a conhecer à autora o correspondente resultado.

Na execução da obrigação contratualmente assumida, BB perfurou o intestino da autora.

Ora, poder-se-á questionar se essa perfuração deve ser considerada *como que* desligada do contrato em execução (*estranha à execução do con-*

trato, escreve-se na sentença), e tratá-la como uma *agressão à integridade física da autora* e, por esse facto, como geradora de responsabilidade civil extra-contratual. Foi a via seguida em 1ª Instância, que considerou assim preenchido o pressuposto do *acto ilícito*, deu como verificados o *nexo de causalidade* e o *dano* e, quanto à *culpa*, baseou-a, no fundo, numa *presunção natural*, retirada dos factos provados, concluindo que incumbiria ao médico o “*ónus de alegação e prova de que as lesões provocadas não tiveram nada a ver com uma actuação deficiente*” da sua parte: “*perante a matéria em causa, há que concluir que o réu actuou culposamente, não logrando provar que efectuou a colonoscopia cumprindo todas as exigências técnicas e todos os deveres de cuidado que conhecia e que podia observar (como, aliás, alegou), sendo a sua conduta profissional tanto mais censurável quanto é certo que o réu se trata, não apenas de um especialista, mas de um gastroenterologista experiente, reputado e, logo, há que concluir-se, com conhecimentos e capacidades acima da média*”.

Mas a Relação deslocou a questão para o *cumprimento imperfeito* do contrato de serviços médicos e veio a concluir que, no caso, não estava preenchido o pressuposto da ilicitude (“*não se apurou que no decurso do exame tivesse havido por parte do réu qualquer afastamento das boas práticas da medicina*”), não cabendo curar dos demais. Referiu, no entanto, que, a ter-se provado a ilicitude, a autora beneficiaria de uma *presunção de culpa* do réu.

No entanto, a justificação da Relação, no que toca à não verificação da ilicitude, não se afigura adequada à obrigação concretamente assumida no caso dos autos, que se não pode analisar como se de uma obrigação de meios se tratasse; numa situação dessas – como ocorrerá, por exemplo, com a realização de uma intervenção cirúrgica ou com a definição de um tratamento, em ambos os casos com *função curativa* (não vem agora ao caso analisar a especificidade das *intervenções* ou *tratamentos* com finalidade estética) – é que se poderia ponderar se o médico estaria apenas vinculado a actuar *segundo as regras da arte*, utilizando o *seu melhor saber*, e não a obter a cura, ou a melhoria pretendida.

Mas a inadequação da conclusão de que não se demonstrou a prática de um *acto ilícito* não significa que se deva desconsiderar o enquadramento contratual da actuação do réu e dos danos dela resultantes.

Na verdade, a perfuração do intestino ocorreu *durante e por causa* da execução do contrato destinado à realização de um exame médico; independentemente de encontrar a construção juridicamente mais correcta, a verdade é que *objectivamente* ocorreu uma lesão da integridade física da autora, *não exigida pelo cumprimento do contrato*; a *ilicitude* está verificada.

Com esta afirmação quer-se dizer que, em si mesmo, o exame foi uma *intromissão* na integridade física, natural e necessariamente consentida e pretendida pela autora; assim sucede-

rá, em regra, com os exames médicos. Mas esse *consentimento* ou *pretensão* da autora não abrange a lesão em discussão neste processo.

Poder-se-á sustentar que se não se tratará (ou não se tratará *apenas*) de um *cumprimento defeituoso* do contrato de prestação de serviços médicos, mas da *lesão do direito à integridade física* da autora, ocorrido no âmbito e por causa da execução do contrato; no entanto, esta ligação intrínseca significa que o regime aplicável às consequências dessa execução *deve ser o regime da responsabilidade contratual*. Aliás, dificilmente se poderá sustentar que a *protecção da integridade física do paciente não integra o âmbito de protecção de um contrato de prestação de serviços médicos*.

9. Sabe-se que a realização da colonoscopia implica a utilização de métodos dos quais pode resultar a perfuração do intestino, ainda que raramente (cfr. ponto 127 da matéria de facto); o que significa que o profissional que a executa há-de adoptar os procedimentos próprios do exame com a específica preocupação de tentar evitar que haja perfuração.

Pode assim entender-se que está em causa um “*dever imposto pela regra de que, no cumprimento dos contratos, cada contraente deve ter na devida conta os interesses da contraparte (n. 2 do artigo 762º do Código Civil); e que, sendo violado*”, acarreta a responsabilidade do médico, nos termos próprios da responsabilidade contratual (artigo 798º do Código Civil). A frase que se transcreveu consta do acórdão deste Supremo Tribunal de 1

de Julho de 2010, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), proc. n. 623/09.2YFLSB, que não versou sobre um caso de *responsabilidade médica*, como agora sucede, mas no qual também se tratava da lesão de um direito absoluto (então o direito de propriedade) ocorrida na execução de um contrato, no caso, de empreitada.

O apelo a este acórdão destina-se a mostrar o ponto comum às duas situações em apreciação. Também está em causa no caso presente a “*violação*” de “*deveres de protecção, de conduta ou laterais (para referir algumas das designações que têm sido utilizadas) caracterizados “por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de protecção à pessoa ou aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes”, resultantes da sua “conexão com o contrato” (Mota Pinto, Cessão da Posição Contratual, reimp, Coimbra, 1982, pág.337 e segs.)*”.

Como ali se dá nota e todos sabemos, há divergências quanto ao enquadramento da violação de tais deveres no âmbito da responsabilidade contratual ou extra-contratual. E “*sabe-se igualmente que, embora unificados pela função desempenhada, têm conteúdos muito diversos, englobando deveres tão distintos como “deveres de informação e conselho, de cooperação, de segredo e não concorrência, de custódia e de vigilância, de lealdade, etc” (a exemplificação é de Manuel Carneiro da Frada, Contrato e Deveres de Protecção, Coimbra, 1994, pág. 40), que Menezes Cordeiro (Da Boa Fé no Direito Civil, I, Coimbra, 1984, pág. 604) agrupa em “deveres de protecção, de esclarecimento e de lealdade”*.”

Aqui como ali, no entanto, entende-se que não vem ao caso “*optar, em tese geral, pela aplicação do regime da responsabilidade contratual (por exemplo, Mota Pinto, op. cit., pág. 342) ou extra-contratual (por exemplo, Pedro Romano Martínez, Cumprimento Defeituoso, em Especial na Compra e Venda e na Empreitada, Coimbra, 2001, pág. 253) a todas as situações (realmente diversificadas) que podem reconduzir-se à sua violação*”; mas que, também aqui, a apontada ligação entre a realização da prestação principal e o risco de perfuração do intestino torna especialmente desadequado analisar o dever do médico «*à luz do “dever geral de cuidado da área delictual” (expressão de Manuel Carneiro da Frada, op.cit., pág. 275)*».

10. Como resulta da prova (o mesmo ponto 127), em abstracto, a perfuração do intestino pode ocorrer ainda que sejam adoptados os procedimentos devidos na realização de uma colonoscopia.

Não vem provado, nem que esses procedimentos tenham sido (ou não) seguidos, nem que tenha ocorrido qualquer facto que, apesar de o réu ter actuado em conformidade com as *boas práticas* e com *toda a diligência e cuidado* a o exame exigiam, possa justificar a perfuração – força maior, facto do lesado, qualquer outro facto explicativo.

Na dúvida, e porque aquela ligação *intrínseca* atrás referida o justifica, deve aplicar-se o regime globalmente definido para a responsabilidade contratual (n. 2 do artigo 799º do Código Civil), presumindo-se a culpa do réu.

Caberia ao réu *ilidir* essa presunção (N. 1 do artigo 344º do Código Civil), demonstrando que procedimentos adoptou, a adequação desses procedimentos e os actos que concretamente praticou para evitar a perfuração.

Na dúvida, presume-se a culpa; e, estando provados os demais pressupostos da responsabilidade civil, como estão, o pedido de indemnização tem de proceder. Recordem-se os danos que constam da lista de factos provados e a prova do nexo naturalístico de causalidade entre a colonoscopia e a perfuração, e entre esta e aqueles danos, o que preenche o pressuposto da causalidade adequada, tal como definida no artigo 563º do Código Civil.

Como se sabe, no âmbito da responsabilidade civil (contratual ou extracontratual), a lei portuguesa consagra a *teoria da causalidade adequada*, neste artigo 563º do Código Civil. Significa isto que, para além de fáctica ou naturalisticamente se ter de apurar se uma determinada actuação (acção ou omissão) provocou o dano (cfr. acórdão deste Supremo Tribunal de 7 de Julho de 2010, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), proc. 1399/06.OTVPRT.P1.S1), cumpre ainda averiguar, tendo em conta as regras da experiência, se era ou não provável que da acção ou omissão resultasse o prejuízo sofrido, ou seja, se aquela não realização é causa adequada do prejuízo verificado. É necessário que, *em concreto*, a acção (ou omissão) tenha sido condição do dano; e que, *em abstracto*, dele seja *causa adequada* (Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, I, 10ªed., Coim-

bra, 2000, pág. 900). O que, no caso presente, manifestamente ocorre.

Finalmente, recorde-se que o Supremo Tribunal de Justiça tem adoptado a orientação de que os danos não patrimoniais podem ser indemnizados, no âmbito da responsabilidade contratual. Como se escreveu no acórdão deste Supremo Tribunal de 24 de Setembro de 2009, *www.dgsi.pt*, proc. n. 09B0368, «o Código Civil português, embora trate em conjunto da obrigação de indemnizar (artigos 562º e segs.), regula separadamente a responsabilidade extra-contratual (artigo 483º e segs.) e a responsabilidade contratual (artigo 798º e segs.); e inclui naquela o regime da indemnização por “danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”. É no entanto igualmente certo que não exclui do âmbito possível da responsabilidade contratual a responsabilidade por danos desta natureza; como se observa por exemplo no acórdão deste Supremo Tribunal de 3 de Abril de 2003 (*www.dgsi.pt*, proc. n. 03B809), “as mencionadas normas dos artº 798º, e segs., não o prevendo, também o não excluem”».

Não se levanta, no caso, nenhuma dúvida de que estão provados danos com gravidade suficiente para serem indemnizáveis (n. 2 do artigo 496º do Código Civil).

11. A conclusão a que se chegou quanto ao ónus da prova da culpa, no caso concreto, não significa, nem o desrespeito das regras legais de repartição do ónus da prova, nem a adopção de um método semelhante ao que é defendido pelos defensores de uma

*repartição dinâmica do ónus da prova*, que o direito português não consente. A lei portuguesa reserva a si própria essa repartição e apenas permite que o juiz a modifique nos termos apertados do n. 2 do artigo 344º do Código Civil (“quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado”)

Significa, apenas, a aplicação de um bloco de normas definidas para a responsabilidade contratual, formalmente justificada pela conexão descrita, e materialmente fundada na manifesta maior dificuldade que a autora tem em provar, pela positiva, que a perfuração do intestino ocorreu apesar de o réu ter adoptado todos os procedimentos devidos e agido com a diligência e o cuidado exigíveis, em comparação com a dificuldade que recairá sobre o réu; afinal de contas, estão em causa *actos que o réu praticou, próprios da sua profissão*, a que especificamente se obrigou por contrato com a autora (cfr. o acórdão deste Supremo Tribunal de 22 de Maio de 2003, *www.dgsi.pt*, proc. n. 03P912)..

12. O recorrido BB alega que “não se vislumbra *como é que o Réu Médico pode ser acusado de determinados consequências e danos, quando, de permeio, existe a intervenção de inúmeros profissionais da medicina que fizeram análises e diagnósticos à Recorrente, sem qualquer intervenção do Réu Médico*”, concluindo que não pode ser responsabilizado pelos danos alegados, já que “no concreto e específico enquadramento factual em causa nos autos, nunca se verificaria igualmente o nexo de causalidade

*(indispensável e necessário) à alegada ofensa (colonoscopia) e dano verificado”.*

Mas não tem manifestamente razão. Como se deixou já dito, está provado que a *causa* da perfuração foi a realização da colonoscopia; e não quaisquer actos ou omissões desses intervenientes, que não são manifestamente *causa adequada* da perfuração. Admite-se, todavia, que possam ter concorrido como *causa causas complementares, provocando o agravamento dos danos subsequentes*.

Sucedo, no entanto, que os réus Hospital de S. João e Hospital ..., de V..., foram absolvidos da instância; e que o Hospital de S... A... nem sequer foi demandado nesta acção.

Não há, pois, nem alegação, nem prova que possibilite, nesta acção, apurar eventuais responsabilidades de tais entidades. A situação é, assim, diferente da que foi objecto de apreciação no acórdão deste Supremo Tribunal de 11 de Julho de 2006, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), proc. n. 06A1503, na qual se excluiu qualquer responsabilidade do médico por complicações posteriores à intervenção que realizou: *“III – O médico cirurgião e o hospital não respondem civilmente se os danos morais cuja reparação a doente exige se traduzirem na angústia originada por uma complicação pós-operatória para cujo surgimento não concorreu qualquer erro cometido no decurso da operação”*

13. O acórdão recorrido não se pronunciou sobre o montante indemnizatório a atribuir à autora. Tendo concluído pela não verificação dos

pressupostos da obrigação de indemnizar, ficou naturalmente prejudicada a apreciação dessa questão.

Contrariamente ao que ocorria no domínio do Código de Processo Civil anterior, o Código de 2013 não permite que o Supremo Tribunal de Justiça aprecie questões das quais a Relação não conheceu, *designadamente* por as considerar prejudicadas; compare-se o resultado da conjugação entre os actuais artigos 679º e 665º, com aquele que decorria da conjugação entre os anteriores artigos 726º e 715º, preceito do qual *apenas se excluía a aplicação do respectivo n. 1.*

Assim sendo, há que julgar procedente o recurso, quanto ao preenchimento dos pressupostos da obrigação de indemnizar; mas que remeter o processo ao Tribunal da Relação do Porto para que se pronuncie sobre o montante da indemnização, como, aliás, requereu, subsidiariamente, o réu BB.

14. Nestes termos, determina-se o envio do processo ao Tribunal da Relação do Porto para que aprecie o montante indemnizatório a atribuir à autora, pelos mesmos juízes que preferiram o acórdão recorrido, se for possível.

Custas de acordo com o vencimento que se apurar a final.»

II. BB arguiu a nulidade do acórdão, indeferida pelo acórdão de fls. 2154; e, após o trânsito em julgado do acórdão de fls. 2043, interpôs recurso para uniformização de jurisprudência, indeferido pelo despacho de fls. 491 do apenso, despacho confirmado pelo acórdão de fls. 520.

III. Foi então proferido pelo Tribunal da Relação do Porto o acórdão de fls. 2381, que, “*na sequência do determinado pelo Supremo Tribunal de Justiça*”, veio a fixar a indemnização a pagar à autora em € 80.000,000 por danos não patrimoniais e em € 2.965,88 por danos patrimoniais, assim condenando os réus EE Portugal – Companhia de Seguros, SA e BB e esclarecendo que as referidas quantias “*se encontram cobertas pelo seguro efectuado pelo réu*” e que, quanto ao mais, se mantinha o decidido em 1ª Instância.

AA recorreu para o Supremo Tribunal de Justiça, defendendo a manutenção do que havia sido decidido em 1ª instância no que toca à indemnização por danos não patrimoniais (€ 150.000,00), pelos motivos seguintes (transcrevem-se das conclusões das alegações):

« (...)

7 – Desde logo porque o ÚNICO CRITÉRIO que o Tribunal da Relação levou em conta para apreciar o montante indemnizatório atribuído à autora era se este era maior do que a Jurisprudência tem entendido para o dano pela perda do direito a vida, cujo montante situa-se nos €80.000,00.

8º – E assim, porque a indemnização era maior, o Douto Tribunal da Relação logo tratou de a reduzir para os €80.000,00 e NÃO LEVOU EM CONTA os concretos danos sofridos pela autora explanados na matéria de facto dada como provada

(...)

11º – Ou seja o Douto Tribunal de Primeira Instância de forma ex-

tensa, minuciosa e lúcida percorreu e ponderou os concretos danos sofridos pela autora, para de forma adequada fundamentar e fixar o montante indemnizatório de €150.000,00 (cento e cinquenta mil euros) a título de danos não patrimoniais.

12º – Exigia-se que o Douto Tribunal da Relação, para apreciar se o montante fixado à autora é justo e adequado deveria apreciar em concreto os danos sofridos por esta e sindicá-la a convicção formada pelo Tribunal de Primeira Instância, e formar sobre tais pontos a sua própria convicção.

13º – O Douto Tribunal da Relação não apreciou os concretos danos sofridos pela autora, não apreciou o julgamento realizado pela Primeira Instância e resumiu a sua actuação a diminuir a indemnização atribuída à autora por esta ser superior ao que a Jurisprudência tem entendido fixar pelo dano de perda de vida.

14º – O Douto Tribunal da Relação não especificou os fundamentos de facto e de direito que justificassem a sua decisão e omitiu a sua pronúncia sobre o julgamento realizado pelo Tribunal da 1ª Instância.

15º – Fica-se por saber se os danos sofridos pela autora, ao contrário do que foi devidamente fundamentado pelo Douto Tribunal de Primeira Instância, são ou não suficientemente graves.

(...)

16º – O que sabemos é – porque a indemnização é superior ao fixado para a reparação do direito à vida, esta deve ser diminuída.

17º – Por isso, impõe-se a revogação do douto acórdão, com as devidas e legais consequências, suprimindo as nulidades e concedendo a revista.

18º – Pois, conforme foi devidamente fundamentado pelo Douto Tribunal de Primeira Instância, os sofrimentos e transtornos sofridos pela a autora merecem a tutela do direito e de acordo com o artigo 496º do CCivil são indemnizáveis.

19º – O chamado «quantum doloris» não é mensurável, mas há na listagem da matéria de facto dados bastantes para concluir que foi elevado. (...)

(...)

21º – A lei – artigos 562º e 496º CC – manda atender sempre a um critério de equidade, com base na ponderação dos factores previstos no art. 494º – grau de culpabilidade do agente, situação económica deste e do lesado e demais circunstâncias do caso.

22º – O juízo equitativo não pode deixar de ter em consideração o sistema económico – poder aquisitivo da moeda e características e condições gerais da economia – em que a compensação vai operar, sem esquecer que nos movemos em campo do maior relativismo e subjectividade.

23º – Ora, foi fixado a este título a quantia de €150.000,00 (cento e cinquenta mil euros) pelo Douto Tribunal de Primeira Instância.

24º – Entendeu-se e ponderou-se nessa Doutra Decisão (...) o *considerável período de convalescença, as 5 intervenções cirúrgicas, tratamentos e fisioterapia, o facto de ter sofrido dores intensas e durante muito tempo,*

*tudo inserido no contexto da relativa gravidade das sequelas que apresenta a autora, com, além do mais, cicatrizes visíveis, permanentes e extensas, perda de alguma autonomia, angústia, vergonha, perigo de vida, de que se apercebeu, repercussões das sequelas ao nível da auto-estima da autora, que deixou de ir à praia e vê condicionada a sua escolha de roupas, o período de dependência de terceiros (...).*

25º – O Douto Tribunal da Relação NÃO FEZ, uma adequada ponderação deste quadro, aliás, não fez qualquer ponderação a esse título.

26º – Apenas chamou à colação os valores que actualmente se atribuem pela perda do direito à vida, não reconhecendo que além dos danos supra descritos sofridos pela autora, esta continuará a sofrer, a suportar as dores, a sensação de dependência e a sua incapacidade.

27º – O Douto Tribunal da Relação não levou em conta que os factos em discussão nos presentes autos ocorreram em Junho de 2002, ou seja há 14 ANOS!!!

28º – O Douto Tribunal da Relação não levou em conta que à data dos factos a Autora era uma mulher activa profissionalmente, exercia a profissão de enfermeira, era uma mulher habitualmente alegre e bem-disposta e que após a lesão de que foi vítima, a autora não mais voltou a trabalhar e é, actualmente, uma mulher triste.

29º – O quadro apresentado pela matéria de facto dada como assente justifica o valor atribuído pela Primeira Instância de €150.000,00 (cento e cinquenta mil euros) a título de da-

nos patrimoniais, que por ser justo, se deve manter.

30º – O Douto Tribunal da Relação estava obrigado a realizar um juízo equitativo, analisando os danos sofridos pela autora, e apresentar qual o critério que define que as sequelas apresentadas pela autora não são justificativas de uma indemnização superior aos valores fixados para a reparação do direito à vida.

31º – O Douto Tribunal da Relação omite essa informação, e de uma forma puramente conclusiva, justifica a diminuição do valor atribuído à autora por ser superior aos valores fixados para a reparação do direito à vida.

Sem prescindir,

32º – A autora, aqui recorrente, não pode também concordar, com o entendimento que os danos não patrimoniais sofridos pela autora devem ter como BALIZA os valores atribuídos pela reparação do direito à vida.

33º – Se é certo que o direito à vida é o direito absoluto de que emergem todos os outros direitos, também é certo que o valor atribuído pela perda desse direito tem como objectivo ressarcir apenas esse mesmo direito.

34º – Ou seja, em caso de morte do lesado, e de acordo com os n. 2 e 3 do Código Civil resultam três danos não patrimoniais indemnizáveis: o dano da perda do direito à vida (ou dano da morte); o dano sofrido pela vítima antes de morrer; e o dano sofrido pelos familiares em consequência da morte da vítima.

35º – Ou seja, os €80.000,00, é o

valor que a Jurisprudência tem fixado pelo dano da morte, ao qual acresce, caso seja aplicável a indemnização pelos danos sofridos pela vítima antes de morrer, e os danos sofridos pelos familiares.

36º – Ou seja, o valor de €80.000,00 seria porventura justo e equitativo se fosse esse o valor fixado à autora pelo dano da sua morte, ao qual acresceria sempre os danos sofridos por esta antes de morrer, e que estão explanados na matéria de facto dada como provada.

(...)

40º – A indemnização atribuída pelos danos não patrimoniais sofridos pela autora tem que ter apenas em conta (...) <? *considerável período de convalescença, as 5 intervenções cirúrgicas, tratamentos e fisioterapia, o facto de ter sofrido dores intensas e durante muito tempo, tudo inserido no contexto da relativa gravidade das sequelas que apresenta a autora, com, além do mais, cicatrizes visíveis, permanentes e extensas, perda de alguma autonomia, angústia, vergonha, perigo de vida, de que se apercebeu, repercussões das sequelas ao nível da auto-estima da autora, que deixou de ir à praia é vê condicionada a sua escolha de roupas, o período de dependência de terceiros (...)* conforme bem ponderou o Douto Tribunal de 1ª Instancia.

41º – Limitar o valor da indemnização ao limite do dano morte, é, com o devido respeito uma sonexação da JUSTIÇA! Pelo que deve ser mantida a Doua Decisão proferida em 1ª Instancia.

42º – O Douto Acórdão recorrido violou entre outras as normas dos artºs 494º, 496º e 562º do Código Civil; e os artºs 615º do Código de Processo Civil.

43º – O Douto Acórdão recorrido violou entre outras as normas dos artºs 496º do Código Civil; e os artºs 615º do Código de Processo Civil.

Termos em que, deve ser dado provimento ao presente recurso e revogar-se o douto acórdão recorrido por nulo, substituindo-o por outro que julgue totalmente improcedente os recursos interpostos pelos réus BB e EE Portugal – Companhia de Seguros S.A., e consequentemente mantenha a Doutra Sentença proferida em Primeira Instância.»

Os réus BB e FF – COMPANHIA DE SEGUROS, SA, anteriormente EE PORTUGAL – COMPANHIA DE SEGUROS, SA contra-alegaram, sustentando que se deve negar provimento ao recurso.

Em síntese, os recorridos refutaram pormenorizadamente as objecções apontadas ao acórdão recorrido, recordando os factos que ficaram provados e que, em seu entender, a recorrente não pondera na alegação de recurso, e referindo jurisprudência com a qual o caso deve ser confrontado, no sentido de que o acórdão recorrido “fixou a indemnização mais adequada a ressarcir os danos sofridos pela recorrente” (alegações da recorrida Companhia de Seguros).

IV. A matéria de facto que vem provada consta da transcrição acima efectuada.

Estão em causa neste recurso as seguintes questões:

– Nulidade do acórdão recorrido, por omissão de pronúncia e falta de fundamentação;

– Montante da indemnização por danos não patrimoniais.

V. Antes de as apreciar, cumpre todavia observar que não são manifestamente fundadas as observações dirigidas ao acórdão recorrido, imputando-lhe falta de análise da sentença, fixação num único critério de cálculo da indemnização ou desconsideração dos “danos não patrimoniais, no presente caso de evidente gravidade” (pág. 45 do acórdão recorrido), sofridos pela recorrente. Assim:

– Da leitura do acórdão recorrido resulta com clareza que não é exacto que “o único critério que (...) levou em conta para apreciar o montante indemnizatório (...) era se este era maior do que a jurisprudência tem entendido para o dano pela perda do direito à vida” (cfr. concl. 7ª), tendo logo tratado (sic) de reduzir a indemnização, sem considerar os danos concretos (concl. 8ª), sem formar “a sua própria convicção” (concl. 12ª);

– De forma alguma se pode dizer que resulte do acórdão recorrido que se fica sem saber “se os danos sofridos pela autora (...) são ou não suficientemente graves” (concl. 15ª);

– É ostensivamente desconforme com a fundamentação do acórdão recorrido sequer sugerir que se pode “afirmar que ao limitar a indemnização pelos danos não patrimoniais sofridos pelos lesados ao montante atribuído ao dano da morte, o lesado

é CASTIGADO por ter sobrevivido” (concl. 39º), inserindo tal afirmação no contexto das conclusões 32ª e segs., como se tal afirmação pudesse resultar da mesma fundamentação;

– A Relação não alterou a condenação no pagamento de juros de mora feita com referência ao momento da sentença; aliás, afirma-se expressamente no acórdão recorrido que se altera o montante da indemnização mas que, “no mais, mantém-se o decidido”.

Não é portanto exacto que a Relação não tenha levado “em conta que os factos em discussão nos presentes autos” tenham ocorrido “em Junho de 2002, ou seja há 14 anos”.

Ao que acresce que os recursos interpostos da sentença pelos agora recorridos foram admitidos com efeito meramente devolutivo;

– A recorrente discorda de que, do confronto com os valores indemnizatórios que vêm sendo atribuídos pela perda do direito à vida – que, como o acórdão recorrido observa, têm na maioria dos casos oscilado entre os € 50.000,00 e os € 80.000,00 – (cfr. acórdãos de 31 de Janeiro de 2012, www.dgsi.pt, proc. n. 875/05.7TBILH. Cl.S1, ou de 29 de Outubro de 2013, www.dgsi.pt, proc. n. 62/10.TBVZL. Cl.S1), se deva concluir que não pode ser conferida à autora uma indemnização superior a € 80.000,00.

É exacto que já por diversas vezes o Supremo Tribunal de Justiça observou que, em casos de lesados que sobreviveram, por exemplo, a acidentes de viação, com lesões de extrema gravidade, fortemente

incapacitantes, esse valor não é limitativo; o mesmo diz o acórdão recorrido, aliás. E, na verdade, o fundamento e o objectivo da indemnização pela perda do direito à vida não é realmente o mesmo que preside à indemnização por danos não patrimoniais de que beneficia o próprio lesado; embora seja exacto que o direito à vida é o mais valioso de todos os direitos pessoais (“representa o bem mais valioso da pessoa e simultaneamente o direito de que todos os outros dependem”, escreveu-se no acórdão de 31 de Janeiro de 2012), não é limitativo o valor habitualmente atribuído por morte, como se observa, por exemplo, no acórdão de 5 de Julho de 2007, www.dgsi.pt, proc. n. 07A1734: “Nada obriga, aliás, a que essa fronteira nunca seja ultrapassada, certo que o artº 496º, N. 1, elege como único critério de aferição a gravidade do dano, conceito eminentemente indeterminado que cabe ao tribunal preencher valorativamente caso a caso No sentido exposto, cfr. os acórdãos deste STJ de 13.5.04 (Revª 1185/04-2ª) e de 13.11.03 (Revª 2961/03-7ª) . E se a vida é o bem jurídico mais valioso, devendo valorar-se a sua perda, obviamente, em termos proporcionados a tal importância, a mesma ordem de razões justifica que se conceda a compensação devida àqueles que, não a perdendo embora, por inteira culpa alheia ficam de um momento para o outro, e até ao final dos seus dias, privados da qualidade mínima a que qualquer pessoa, pelos simples facto de o ser, tem pleno direito. Com maior ou menor dificuldade, consoante os casos, a perda

*da vida é sempre passível de avaliação em concreto para o efeito prático de se atribuir uma indemnização, fazendo-se corresponder a esse dano um certo e determinado valor em concreto – um valor máximo, se nos é lícito exprimir assim. Já a perda da sua qualidade, quando são graves ou muito graves as lesões sofridas no corpo e no espírito do lesado que sobrevive, torna tudo muito mais difícil, delicado e contingente, pois há a noção de que nenhum dinheiro, por muito que seja, é capaz de compensar certas dores físicas e morais irreversíveis”.* Cfr. ainda, por exemplo, os acórdãos de 23 de Outubro de 2018, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), proc. n. 08B2318 ou de 7/10/2010, proc. n. 839/07.6TBPFR.P1.S1;

– Interpreta-se a parte final das alegações corrigindo a referência aos “recursos interpostos pelos réus BB e EE Portugal – Companhia de Seguros S.A.” como contendo um lapsus: neste momento, o que está em causa é, obviamente, o recurso interposto pela autora.

**VI.** Depreende-se da concl. 14<sup>a</sup> e do corpo das alegações que a recorrente vem arguir a nulidade do acórdão recorrido por *omissão de pronúncia* e por *falta de fundamentação de facto e de direito* (artigos 615<sup>o</sup>, n. 1, d) e b) e 666<sup>o</sup> do Código de Processo Civil).

No entanto, da análise atenta do mesmo acórdão resulta que a arguição é infundada.

**VI. a)** Ocorre omissão de pronúncia quando a decisão deixa de conhecer de *questões* sobre as quais tinha que se pronunciar; num recur-

so, esse âmbito corresponde às *questões* suscitadas nas alegações, que delimitam o respectivo objecto (N. 4 do artigo 635<sup>o</sup> do Código de Processo Civil), desde que essas *questões* não correspondam a *questões novas*, não colocadas ao tribunal *a quo*. No caso, e como o acórdão recorrido recorda expressamente, só podia estar em causa o *montante indemnizatório* a atribuir à autora, uma vez que foi proferido na sequência do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de fls. 2042.

Ora a recorrente não identifica qualquer *questão* que o acórdão recorrido tenha deixado de apreciar; antes afirma, aliás sem fundamento, que o mesmo acórdão recorrido “*não apreciou os concretos danos sofridos pela autora, não apreciou o julgamento realizado pela primeira instância e resumiu a sua actuação a diminuir a indemnização atribuída à autora por esta ser superior ao que a jurisprudência tem entendido fixar pelo dano de perda de vida*” (págs. 7 e 8 das alegações e concl. 13<sup>a</sup>).

Ainda que estas afirmações traduzissem com fidelidade o conteúdo do acórdão recorrido, a verdade é que não se enquadram em nenhum motivo de nulidade; apenas espelham a discordância da recorrente relativamente ao modo como nele se decidiu. Improcede a arguição de nulidade.

**VI. b)** Diz ainda a recorrente que o acórdão recorrido “*não especificou os fundamentos de facto e de direito que justificassem a sua decisão e omitiu a sua pronúncia sobre o julgamento realizado pelo Tribunal da 1<sup>a</sup> Ins-*

*tância*” (pág. 8 das alegações e concl. 14ª). Mas esta afirmação não corresponde ao julgamento feito no acórdão recorrido, que indica os fundamentos de facto e de direito da decisão; pelo que, sem mais, se indefere também esta arguição de nulidade.

VII. Está em causa neste recurso, apenas, o montante da indemnização por danos não patrimoniais.

Como por diversas vezes se recordou neste Supremo Tribunal (acompanha-se de perto o que se escreveu, por exemplo, no acórdão de 23 de Novembro de 2011 (www.dgsi.pt, proc. n. 90/06.2TBPTL.G1.S1), citado nomeadamente no acórdão de 31 de Maio de 2012, www.dgsi.pt, proc. n. 14143/07.6TBVNG.P1.S1, para a determinação da indemnização a atribuir por danos não patrimoniais, ressarcíveis desde *“que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”* (N. 1 do artigo 496º do Código Civil), o tribunal há-de decidir segundo a equidade, tomando em consideração *“o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso”* (n. 3 do mesmo artigo 496º e artigo 494º).

Este recurso à equidade não afasta, no entanto, a necessidade de observar as exigências do princípio da igualdade, o que implica a procura de uma uniformização de critérios, naturalmente não incompatível com a devida atenção às circunstâncias do caso. Cumpre *“não nos afastarmos do equilíbrio e do valor relativo das decisões jurisprudenciais mais recentes”* acórdão de 25 de Junho de 2002 (www.dgsi.pt, proc. n. 02A1321); nas

palavras do acórdão deste Supremo Tribunal, de 31 de Janeiro de 2012 (www.dgsi.pt, proc. n. 875/05.7TBI-LH.C1.S1), *“os tribunais não podem nem devem contribuir de nenhuma forma para alimentar a ideia de que neste campo as coisas são mais ou menos aleatórias, vogando ao sabor do acaso ou do arbítrio judicial. Se a justiça, como cremos, tem implícita a ideia de proporção, de medida, de adequação, de relativa previsibilidade, é no âmbito do direito privado e, mais precisamente, na área da responsabilidade civil que a afirmação desses vectores se torna mais premente e necessária, já que eles conduzem em linha recta à efectiva concretização do princípio da igualdade consagrado no artº 13º da Constituição.”*

Tratando-se de uma indemnização fixada segundo a equidade, e como o Supremo Tribunal da Justiça também observou em outras ocasiões (cfr., por exemplo, o acórdão de 28 de Outubro de 2010 (www.dgsi.pt, proc. n. 272/06.7TBMTR.P1.S1, em parte por remissão para o acórdão de 5 de Novembro de 2009, www.dgsi.pt, proc. n. 381-2002.S1), *“a aplicação de puros juízos de equidade não traduz, em bom rigor, a resolução de uma «questão de direito»*; se o Supremo Tribunal da Justiça é chamado a pronunciar-se sobre *“o cálculo da indemnização”* que *“haja assentado decisivamente em juízos de equidade”*, não lhe *“compete a determinação exacta do valor pecuniário a arbitrar (...), mas tão somente a verificação acerca dos limites e pressupostos dentro dos quais se situou o referido juízo equita-*

*tivo, formulado pelas instâncias face à ponderação casuística da individualidade do caso concreto «sub iudicio».*

De modo mais impressivo, escreveu-se no acórdão de 7 de Junho de 2011, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), proc. n. 3042/06.9TBPNF.P1.S1: “*Mais do que discutir a substância do casuístico juízo de equidade que esteve na base da fixação pela Relação do valor indemnizatório arbitrado, em articulação incidível com a especificidade irrepetível do caso concreto, importa essencialmente verificar, num recurso de revista, se os critérios seguidos e que estão na base de tais valores indemnizatórios são passíveis de ser generalizados para todos os casos análogos – muito em particular, se os valores arbitrados se harmonizam com os critérios ou padrões que, numa jurisprudência actualista, devem sendo seguidos em situações análogas ou equiparáveis (...)*”.

No caso concreto, ambas as instâncias atenderam às gravosas consequências sofridas pela autora, e que se encontram patentes na lista dos factos provados, acima transcrita.

Encontramos a transcrição na sentença, a fls. 1328-1331 e, a fls. 1332, a respectiva ponderação:

*“Assim, tendo presente, o considerável período de convalescença, as 5 intervenções cirúrgicas, tratamentos e fisioterapia, o facto de ter sofrido dores intensas e durante muito tempo, tudo inserido no contexto da relativa gravidade das sequelas que apresenta a autora, com, além do mais, cicatrizes visíveis, permanentes e extensas, perda de alguma autonomia, angús-*

*tia, vergonha, perigo de vida, de que se apercebeu, repercussões das sequelas ao nível da auto-estima da autora, que deixou de ir à praia e vê e vê condicionada a sua escolha de roupas, o período de dependência de terceiros, julgamos, nesta matéria ajustada à real dimensão e importância dos danos que a autora sofreu, de ordem física, moral e psicológica, aqui se incluindo, o respectivo dano estético, dano biológico – que a autora não incluiu nos danos de natureza não patrimonial, como é suposto – e prejuízo de afirmação pessoal e exposição pública, consubstanciado, na natureza, sede, gravidade das lesões que sofreu e das sequelas com que ficou e tendo ainda presente, o natural desgosto – angústia, vergonha, tristeza – derivado, das sequelas (...)”.*

Recorde-se que a 1ª Instância considerou positivamente provada a culpa do réu BB: “*o réu actuou culposamente, não logrando provar que efectuou a colonoscopia cumprindo todas as exigências técnicas e todos os deveres de cuidado que conhecia e podia observar (como, aliás, alegou), sendo a sua conduta profissional tanto mais censurável quanto é certo que o réu se trata, não apenas de um especialista, mas de um gastroenterologista experiente, reputado e, logo, há-de concluir-se, com conhecimentos e capacidades acima da média*”; e que, a propósito, recordou a “*natureza acentuadamente mista*” da “*indemnização por danos não patrimoniais (...)*”: *por um lado, não lhe é estranha a ideia de reprovar ou castigar, no plano civil e com os meios próprios do direito pri-*

vado, a conduta do agente (...)” e, por outro, a função de proporcionar uma “compensação doloris” ao lesado.

Diferentemente, e em conformidade com o acórdão deste Supremo Tribunal de fls. 2043, o acórdão recorrido partiu de uma situação de falta de prova da culpa atribuída ao réu, e de uma *presunção de culpa*, como se sabe. Situação essa que o acórdão recorrido recorda, e que, necessariamente, se reflecte na fixação do montante indemnizatório (cfr. artigo 494º do Código Civil) – cfr. pág. 46 respectiva.

Com efeito, o acórdão recorrido, para alcançar o montante de € 80.000,00, após recordar os danos sofridos e a ponderação da 1ª instância, ponderou o seguinte:

“Dispõe o art. 496 N. 1 do Cód. Civil que na fixação da indemnização se deverá atender aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

A gravidade desses danos deverá medir-se por padrões objectivos em face das circunstâncias de cada caso, tendo presente que eles emergem directa e principalmente da violação da personalidade humana, não integrando propriamente o património do lesado, antes incidindo em bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, o bom nome e a beleza, abrangendo vários danos como os derivados de receios, perturbações e inseguranças, causados pela ameaça em si mesma, e que o seu ressarcimento resulta directamente da lei, assumindo uma função essencialmente compensatória, embora sob a envolvimento de uma cer-

ta vertente sancionatória (cfr. Rabin-dranath Capelo de Sousa in “O Direito Geral de Personalidade”, págs. 458 e 459 e acórdão do STJ de 22.9.2005, proferido no processo N. 05B2470, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

A quantificação dos danos não patrimoniais, no presente caso de evidente gravidade, será feita, tal como preceitua o art. 496º, n. 4 do Cód. Civil, com recurso à equidade, tendo-se em atenção as circunstâncias referidas no art. 494º, que são o grau de culpabilidade do agente, a sua situação económica e a do lesado e as demais circunstâncias do caso que se justificquem.

Ou seja, a equidade no que concerne à indemnização por danos não patrimoniais será o critério determinante para a fixação do seu montante, sendo que na ausência de uma definição legal, a doutrina portuguesa acentua que o julgamento pela equidade “é sempre o produto de uma decisão humana que visará ordenar determinado problema perante um conjunto articulado de proposições objectivas; distingue-se do puro julgamento jurídico por apresentar menos preocupações sistemáticas e maiores empirismo e intuição” (Cfr. Menezes Cordeiro, “O Direito”, 122º/272).

Porém, a fixação deste montante indemnizatório não pode cair num puro arbítrio judicial nem ser fruto da ponderação aleatória de fatores, devendo-se ter em atenção critérios que se mostrem sedimentados na nossa jurisprudência.

Neste sentido, escreve-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

de 31.1.2012 (proc. n. 875/05.7TBILH.CI.SI, disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), que “os tribunais não podem nem devem contribuir de nenhuma forma para alimentar a ideia de que neste campo as coisas são mais ou menos aleatórias, vogando ao sabor do acaso ou do arbítrio judicial. Se a justiça, como cremos, tem implícita a ideia de proporção, de medida, de adequação, de relativa previsibilidade, é no âmbito do direito privado e, mais precisamente, na área da responsabilidade civil que a afirmação desses vectores se torna mais premente e necessária, já que eles conduzem em linha recta à efectiva concretização do princípio da igualdade consagrado no artº 13º da Constituição.”

Ora, no que toca ao dano “morte” no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18.6.2015 (proc. 2567/09.0 TBABF.EI.SI, disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).) referiu-se que se vem consolidando na jurisprudência o entendimento de que o dano pela perda do direito à vida, direito absoluto e do qual emergem todos os outros direitos, deve situar-se, com algumas oscilações, entre os €50.000,00 e os €80.000,00.

Deste modo, em consonância com o que foi entendido em situação muito similar no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26.1.2016 desta mesma secção (proc. 5152/10.9 TBVNG.PI, disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), tomando em atenção os padrões jurisprudenciais, designadamente no que concerne aos valores fixados pelo bem vida, é de considerar que a indemnização por danos não patrimoniais fixada pela 1ª instância em 150.000,00€ deverá ser reduzida.

Os elementos factuais já atrás foram referidos, e entre estes avultam o muito significativo sofrimento da autora, o perigo de perda da vida de que se apercebeu, as intervenções cirúrgicas a que foi submetida, a diminuição da auto-estima, o período de dependência de terceiros, as limitações que advieram para a sua vida em face da visibilidade das cicatrizes (deixou de ir à praia e mostra-se condicionada na escolha de roupas). Mas não pode, por outro lado, ignorar-se que a incapacidade geral permanente de que ficou portadora não é muito elevada (16 pontos) e que o grau de culpa do lesante, elemento igualmente a ter em conta, se situa no campo da negligência legalmente presumida.

Assim, atendendo àqueles que são os critérios da nossa jurisprudência, nomeadamente para o ressarcimento do bem vida, que no presente caso não devem ser ultrapassados[1], entendemos como justa e adequada à compensação dos danos não patrimoniais sofridos pela autora a verba de 80.000,00€, pelo que, nesta parte, os recursos interpostos obterão parcial procedência.[2]“.

Esta extensa transcrição destinava-se a mostrar que, diversamente do que sustenta a recorrente, o acórdão recorrido ponderou os graves danos sofridos pela autora, quer na sequência imediata da realização do exame médico de colonoscopia, quer quanto às sequelas que a acompanharão ao longo da vida, teve em conta a jurisprudência para casos semelhantes e concluiu com um valor que não merece qualquer censura por parte deste

Supremo Tribunal, por ser conforme com a concreta situação dos autos.

**VIII.** Sempre se acrescenta o confronto com casos objecto de jurisprudência deste Supremo Tribunal que se afigura ser particularmente relevante para o caso concreto.

– No acórdão de 7 de Junho de 2011, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), proc. n. 3042/06.9TBPNF.P1.S1, vinha fixado da 2ª Instância uma indemnização de € 60.000,00 por danos não patrimoniais; na revista, a seguradora pretendia o abaixamento para € 40.000,00 e o lesado sustentava que a indemnização devia ser aumentada para € 150.000,00, tal como pretende a recorrente no recurso agora em apreciação.

O Supremo Tribunal de Justiça, considerando os “*traços fundamentais*” identificativos do caso (“*acidente que envolveu lesões múltiplas, de particular extensão e gravidade, cumulando-se as sempre problemáticas lesões neurológicas, ao nível de traumatismos e contusões crâneo-encefálicas (geradoras de perturbações ao nível cognitivo e psicológico) com extensas e graves lesões ortopédicas, insuficientemente consolidadas e ultrapassadas; – afectação relevante e irremediável do futuro padrão de vida de sinistrado ainda jovem, associada, desde logo, ao grau de incapacidade fixado (susceptível de, em prazo não muito dilatado, alcançar praticamente os 40%) – com repercussões graves, não apenas ao nível da actividade profissional, mas também ao nível da vida pessoal do lesado.– múltiplas cicatrizes, geradoras do conseqüente dano estético;– in-*

*ternamentos e tratamentos médico-cirúrgicos muito prolongados, com imobilização do doente e envolvendo dores e sofrimentos intensos*”) – e confrontando-o com as “*situações-limite de numerosas lesões físicas, de elevada gravidade e sofrimento para o lesado, acarretando profundíssimos sofrimentos e sequelas*” tratadas nos acórdãos de 28 de Fevereiro de 2008, de 25 de Junho de 2009 e de 7 de Outubro de 2010, respectivamente em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) como procs. n.ºs 08B388, 08B3234 e 839/07.6TBPFR.P1.S1), considerou adequado o montante indemnizatório de € 90.000,00;

– No proc. n. 08B388, fixou-se em € 125.000,00 a indemnização a um lesado que esteve em coma profundo durante vários dias,(...); esteve internado em diferentes instituições hospitalares e foi submetido a diversas e delicadas intervenções cirúrgicas e sessões de tratamento e recuperação; quer durante o internamento quer posteriormente, sofreu muitas dores, intensas privações, aborrecimento e desconforto; continuará a sentir tais dores, privações e aborrecimento, bem como a ter necessidade de tratamentos, nomeadamente fisioterapia, por toda a vida; ficou com limitações físicas graves, com elevado índice de incapacidade, que é total em relação à actividade profissional que exercia; que sente, em consequência das dores, aborrecimentos e privações, depressões, infelicidade, sentimento de inferioridade e de diminuição das suas capacidades, bem como profundo desgosto pela sua total dependência

de terceiros, quer para se mover quer para tratar de outros assuntos; ficou com cicatrizes extensas e notórias; está condicionado na mobilidade do seu próprio corpo; há manifestamente um dano decorrente de limitação da sua capacidade de afirmação pessoal; há um decréscimo de qualidade de vida, que mais se acentuará com o decurso do tempo, face às limitações de mobilidade e a um previsível acréscimo do grau de dependência em relação a terceiros”;

– No proc. n. 08B2318, fixou-se em € 180.000,00 a indemnização por danos não patrimoniais a uma lesada que sofreu “ferimentos, dores, tratamentos e demais consequências (...) gravíssimos”, descritos no acórdão, com sequelas permanentes dolorosas e incapacitantes, nomeadamente quanto à mobilidade, também relatadas no acórdão. Note-se que ficou a sofrer de uma IPP de 65%, com incapacidade total para o exercício da profissão habitual, limitação pessoal que também deve ser considerada, no âmbito dos danos não patrimoniais;

– No proc. n. 839/07.6TBPFR. P1.S1, considerou-se não ser “*excessiva uma indemnização de €150.000,00, calculada como compensação dos danos não patrimoniais, decorrentes de lesões físicas graves e absolutamente incapacitantes, envolvendo uma IPG de 80% e a incapacidade definitiva para qualquer trabalho, com absoluta dependência de terceiros para a realização das actividades diárias e necessidades de permanente assistência*

*clínica, envolvendo degradação plena e irremediável do padrão de vida do lesado.*”

No caso concreto, é incontestável que a recorrente sofreu gravemente, na sequência do exame efectuado; basta atentar na lista dos factos provados. Mas é também incontestável que existe uma diferença sobretudo na gravidade das sequelas de que ficou afectada, que desde logo justifica o menor montante indemnizatório atribuído e a confirmação do que foi decidido no acórdão recorrido.

**XIX.** Nestes termos, nega-se provimento ao recurso.

Custas pela recorrente.

Lisboa, 08 de Junho de 2017

Maria dos Prazeres Beleza (Relatora)

Salazar Casanova

Lopes do Rego

[1] Assinala-se, porém, que em situações em que não sobreveio a morte, mas em que as sequelas para o lesado foram muito significativas e determinaram um elevado grau de incapacidade permanente [naturalmente superior ao dos presentes autos], se poderá justificar que a indemnização por danos não patrimoniais ultrapasse os valores normalmente fixados para a reparação do direito à vida.

[2] No referido Ac. da Rel. do Porto de 16.1.2016, num caso de contornos bastante próximos em que o grau de incapacidade se situou em patamar inferior (14 pontos) fixou-se a indemnização por danos não patrimoniais em 70.000,00€ (a 1ª instância fixara-a em 144.000,00€).

## ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Oitava Secção)

7 de setembro de 2017 (\*)

«Reenvio prejudicial – Transporte – Regulamento (CE) n. 261/2004 – Artigo 7º, n. 1 – Regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos – Voo efetuado em vários segmentos – Conceito de “distância” a tomar em consideração»

No processo C-559/16,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267º TFUE, pelo Amtsgericht Hamburg (Tribunal de Primeira Instância de Hamburgo, Alemanha), por decisão de 4 de outubro de 2016, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 4 de novembro de 2016, no processo

**Birgit Bossen,**

**Anja Bossen,**

**Gudula Gräßmann**

contra

**Brussels Airlines SA/NV,**

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Oitava Secção),

composto por: M. Vilaras, presidente de secção, J. Malenovský (relator) e M. Safjan, juízes,

advogado-geral: Y. Bot,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

– em representação de B. Bossen, A. Bossen e G. Gräßmann, por F. Puscharski, Rechtsanwältin,

– em representação da Brussels Airlines SA/NV, por D. Smielick, Rechtsanwalt,

– em representação do Governo francês, por D. Colas, E. de Moustier e M.-L. Kitamura, na qualidade de agentes,

– em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por P. Garofoli, avvocato dello Stato,

– em representação da Comissão Europeia, por W. Mölls e N. Yerrell, na qualidade de agentes, vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões, profere o presente

### Acórdão

1. O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 7º, n. 1, do Regulamento (CE) n. 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) n. 295/91 (JO 2004, L 46, p. 1).

2 Este pedido foi apresentado num litígio que opõe Birgit Bossen, Anja Bossen e Gudula Gräßmann à Brussels Airlines SA/NV a respeito do montante da indemnização lhes é devida em razão de um atraso considerável que ocorreu num voo desta companhia aérea.

### Quadro jurídico

3 O artigo 2º, alínea h), do Regulamento n. 261/2004, sob a epígrafe «Definições», dispõe:

«Para efeitos do presente regulamento, entende-se por:

[...]

h) “Destino final”, o destino que consta do bilhete apresentado no balcão de registo ou, no caso de voos sucessivos, o destino do último voo; os voos sucessivos alternativos disponíveis não são tomados em consideração se a hora original planeada de chegada for respeitada.»

4 Nos termos do artigo 5º, n. 1, alínea c), deste regulamento:

«1. Em caso de cancelamento de um voo, os passageiros em causa têm direito a:

[...]

c) Receber da transportadora aérea operadora indemnização nos termos do artigo 7º, salvo se:

i) tiverem sido informados do cancelamento pelo menos duas semanas antes da hora programada de partida, ou

ii) tiverem sido informados do cancelamento entre duas semanas e sete dias antes da hora programada de partida e se lhes tiver sido oferecido reencaminhamento que lhes permitisse partir até duas horas antes da hora programada de partida e chegar ao destino final até quatro horas depois da hora programada de chegada, ou

iii) tiverem sido informados do cancelamento menos de sete dias antes da hora programada de partida e se lhes tiver sido oferecido reencaminhamento que lhes permitisse partir

até uma hora antes da hora programada de partida e chegar ao destino final até duas horas depois da hora programada de chegada.»

5 O artigo 6º do referido regulamento tem a seguinte redação:

«Atrasos

1. Quando tiver motivos razoáveis para prever que em relação à sua hora programada de partida um voo se vai atrasar:

a) Duas horas ou mais, no caso de quaisquer voos até 1 500 quilómetros; ou

b) Três horas ou mais, no caso de quaisquer voos intracomunitários com mais de 1 500 quilómetros e no de quaisquer outros voos entre 1 500 e 3 500 quilómetros; ou

c) Quatro horas ou mais, no caso de quaisquer voos não abrangidos pelas alíneas a) ou b);

a transportadora aérea operadora deve oferecer aos passageiros

i) a assistência especificada na alínea a) do n. 1 e no n. 2 do artigo 9º, e

ii) quando a hora de partida razoavelmente prevista for, pelo menos, o dia após a hora de partida previamente anunciada, a assistência especificada nas alíneas b) e c) do n. 1 do artigo 9º, e

iii) quando o atraso for de, pelo menos, cinco horas, a assistência especificada na alínea a) do n. 1 do artigo 8º

2. De qualquer modo, a assistência deve ser prestada dentro dos períodos fixados no presente artigo para cada ordem de distância.»

6 O artigo 7º do mesmo regulamento prevê:

### «Direito a indemnização

1. Em caso de remissão para o presente artigo, os passageiros devem receber uma indemnização no valor de:

a) 250 euros para todos os voos até 1 500 quilómetros;

b) 400 euros para todos os voos intracomunitários com mais de 1 500 quilómetros e para todos os outros voos entre 1 500 e 3 500 quilómetros;

c) 600 euros para todos os voos não abrangidos pelas alíneas a) ou b).

Na determinação da distância a considerar, deve tomar-se como base o último destino a que o passageiro chegará com atraso em relação à hora programada devido à recusa de embarque ou ao cancelamento.

[...]

4. As distâncias referidas nos n<sup>os</sup> 1 e 2 devem ser medidas pelo método da rota ortodrómica.»

### Litígio no processo principal e questão prejudicial

7 As demandantes reservaram na Brussels Airlines um voo de Roma (Itália) para Hamburgo (Alemanha), com correspondência em Bruxelas (Bélgica). O voo com partida de Roma e destino a Bruxelas devia descolar às 10h25 e aterrar às 12h40, sendo que o voo com partida de Bruxelas e destino a Hamburgo devia descolar às 13h35 e aterrar às 14h45.

8 O voo de Roma com destino a Bruxelas sofreu um atraso. O avião só aterrou às 13h22 em Bruxelas e as demandantes não conseguiram apanhar a tempo o voo de correspondência.

9 As demandantes foram transportadas para Hamburgo no voo se-

guinte, que chegou às 18h35, ou seja, com um atraso de três horas e cinquenta minutos em relação à hora de chegada inicialmente prevista.

10 A distância entre Roma e Hamburgo é de 1 326 km, segundo o método da rota ortodrómica. A distância entre Roma e Bruxelas é de 1 173 km e a distância entre Bruxelas e Hamburgo é de 483 km, pelo que a distância total acumulada destes dois voos é de 1 656 km.

11 As demandantes intentaram uma ação no Amtsgericht Hamburg (Tribunal de Primeira Instância, Alemanha) com vista a obterem, cada uma delas, uma indemnização de 400 euros, com fundamento no artigo 7<sup>o</sup>, n. 1, do Regulamento n. 261/2004.

12 O órgão jurisdicional de reenvio refere que é pacífico entre as partes que as demandantes têm direito a uma indemnização em razão do atraso considerável ocorrido, sendo que a este título a Brussels Airlines já pagou 250 euros a cada uma delas.

13 No presente processo, cada uma das demandantes pede um montante adicional de 150 euros, uma vez que, segundo elas, o cálculo da distância deveria incluir os dois segmentos de voo, e, por conseguinte, ser superior a 1 500 km, e não a distância ortodrómica entre Roma e Hamburgo.

14 Nestas condições, o Amtsgericht Hamburg (Tribunal de Primeira Instância de Hamburgo) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Deve o artigo 7<sup>o</sup>, n. 1, segunda frase, do Regulamento (CE) n.

261/2004 [...] ser interpretado no sentido de que o termo “distância” abrange apenas a distância direta entre o local de partida e o último destino, que deve ser calculad[a] segundo o método da rota ortodrómica independentemente da distância de voo efetivamente percorrida?»

### Quanto à questão prejudicial

15 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se o artigo 7º, n. 1, do Regulamento n. 261/2004 deve ser interpretado no sentido de que, nas ligações aéreas com voos de correspondência, o conceito de «distância» só abrange a distância entre o local da primeira descolagem e o destino final, que deve ser calculada segundo o método da rota ortodrómica e independentemente da distância de voo efetivamente percorrida.

16 A título preliminar, importa constatar que é pacífico que, à chegada ao seu destino final, as demandantes no processo principal sofreram um atraso que lhes dá direito a uma indemnização. Por conseguinte, no presente processo, apenas está em causa a determinação do montante desta indemnização em conformidade com os requisitos do artigo 7º, n. 1, do Regulamento n. 261/2004.

17 Em primeiro lugar, há que recordar que a letra do artigo 7º, n. 1, do Regulamento n. 261/2004 prevê, nomeadamente, que, caso seja feita remissão para este artigo, os passageiros devem receber uma indemnização cujo montante varia entre 250 euros e 600 euros, em função da

distância coberta pelos voos em causa, atendendo ao último destino do passageiro em causa e ao facto de essa distância dever ser calculada, em conformidade com o artigo 7º, n. 4, desse regulamento, segundo o método da rota ortodrómica.

18 A este respeito, cumpre observar que, embora o artigo 5º do Regulamento n. 261/2004, relativo aos cancelamentos, faça referência ao artigo 7º deste regulamento, esse não é, em contrapartida, o caso do artigo 6º do mesmo regulamento, relativo aos atrasos.

19 Todavia, o Tribunal de Justiça recordou que qualquer ato da União deve ser interpretado em conformidade com o direito primário no seu todo, incluindo de acordo com o princípio da igualdade de tratamento, que exige que situações comparáveis não sejam tratadas de modo diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de modo igual, exceto se esse tratamento for objetivamente justificado (v., neste sentido, acórdão de 23 de outubro de 2012, Nelson e o., C-581/10 e C-629/10, EU:C:2012:657, n. 33).

20 Ora, o Tribunal de Justiça declarou que os passageiros de voos atrasados três horas ou mais e os passageiros de voos cancelados e reencaminhados em condições que não respeitam os limites previstos no artigo 5º, n. 1, alínea c), iii), do Regulamento n. 261/2004 devem ser considerados como estando em situações comparáveis, na medida em que todos sofrem um transtorno semelhante, que está na base da sua indemnização (v.,

neste sentido, acórdão de 23 de outubro de 2012, Nelson e o., C-581/10 e C-629/10, EU:C:2012:657, n. 34).

21 Daqui decorre que importa interpretar o Regulamento n. 261/2004 no sentido de que os passageiros de voos atrasados três horas ou mais devem beneficiar da mesma indemnização que os passageiros de voos cancelados, que são reencaminhados em condições que não respeitam os limites previstos no artigo 5º, n. 1, alínea c), iii), do Regulamento n. 261/2004 (acórdão de 23 de outubro de 2012, Nelson e o., C-581/10 e C-629/10, EU:C:2012:657, n. 38).

22 Há que entender esta jurisprudência no sentido de que exige que as duas categorias de passageiros referidas no número anterior sejam tratadas de modo igual não apenas no que respeita à própria constituição do direito a indemnização mas igualmente no que diz respeito ao montante desta.

23 É pois à luz desta exigência que há que interpretar o artigo 7º, n. 1, do Regulamento n. 261/2004, bem como o seu artigo 5º, n. 1, alínea c), iii).

24 Como decorre da sua letra, estas disposições preveem o direito dos passageiros a uma indemnização, sem distinguir consoante aqueles que chegam ao seu destino final através de um voo direto ou através de um voo com correspondências.

25 O mesmo raciocínio se aplica ao cálculo do montante dessa indemnização.

26 Com efeito, a escolha e a amplitude das diversas medidas adotadas no Regulamento n. 261/2004 pelo legisla-

dor da União variam em função da importância dos prejuízos sofridos pelos passageiros (v., neste sentido, acórdão de 10 de janeiro de 2006, IATA e ELFAA, C-344/04, EU:C:2006:10, n. 85). Por conseguinte, deve considerar-se que os diferentes níveis do montante da indemnização devida aos passageiros traduzem as diferenças de gravidade do transtorno que os passageiros em causa sofrem nas hipóteses previstas no artigo 7º, n. 1, alíneas a) a c), do Regulamento n. 261/2004.

27 A este respeito, o Tribunal de Justiça já precisou que o que justifica a indemnização dos passageiros abrangidos pelo artigo 5º, n. 1, alínea c), iii), deste regulamento é o facto de, devido ao cancelamento *in extremis* do seu voo, eles ficarem praticamente impedidos da possibilidade de reorganizar livremente a sua deslocação. Assim, se, por uma razão ou por outra, tiverem imperativamente de chegar ao seu destino final num dado momento, não podem de modo algum evitar a perda de tempo inerente à nova situação, não dispendo de nenhuma margem de manobra (acórdão de 23 de outubro de 2012, Nelson e o., C-581/10 e C-629/10, EU:C:2012:657, n. 35).

28 Atendendo à natureza do transtorno assim sofrido, o facto de alguns passageiros abrangidos pelo artigo 5º, n. 1, alínea c), iii), do Regulamento n. 261/2004 não chegarem ao seu destino final através de um voo direto mas sim de um voo com correspondências, o que, nesse último caso, implica um aumento efetivo da distância percorrida, não acentua, por

si só, a gravidade desse transtorno em relação ao sofrido pelos passageiros de um voo direto.

29 Por conseguinte, na determinação do montante da indemnização, apenas há que ter em conta a distância entre o local da primeira descolagem e o destino final, abstraindo de eventuais voos de correspondência.

30 Em seguida, como resulta da exigência evocada no n. 21 do presente acórdão, importa adotar o mesmo método de cálculo no que respeita aos passageiros dos voos atrasados três horas ou mais.

31 O Tribunal de Justiça precisou, em particular, que a base da indemnização é o transtorno que consiste em ter sofrido uma perda de tempo igual ou superior a três horas em relação ao plano inicial de viagem, que foi constatada à chegada ao destino final, incluindo no caso de voos com correspondências (v., neste sentido, acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Folkerts, C-11/11, EU:C:2013:106, n. 35).

32 Ora, tendo em conta a natureza do transtorno assim sofrido, as eventuais diferenças na distância efetivamente percorrida não têm, por si só, nenhuma influência na gravidade desse transtorno.

33 Decorre do acima exposto que o artigo 7º, n. 1, do Regulamento n. 261/2004 deve ser interpretado no sentido de que, no caso de ligações aéreas com voos de correspondência, o conceito de «distância» apenas abrange a distância entre o local da primeira descolagem e o destino final, que deve ser calculada segundo o método da rota ortodrómica, independentemen-

te da distância de voo efetivamente percorrida.

### Quanto às despesas

34 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 (Oitava Secção) declara:

**O artigo 7º, n. 1, do Regulamento (CE) n. 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) n. 295/91, deve ser interpretado no sentido de que, no caso de ligações aéreas com voos de correspondência, o conceito de «distância» apenas abrange a distância entre o local da primeira descolagem e o destino final, que deve ser calculada segundo o método da rota ortodrómica, independentemente da distância de voo efetivamente percorrida.**

Assinaturas

\* Língua do processo: alemão.

<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?qid=1504881665791&uri=CELEX:62016CJ05>

## Patrocínio



## Apoio Institucional

