



Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

# ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

A. Pinto Monteiro	Mafalda Miranda Barbosa
Alexandre Dias Pereira	Marco Dias
Christian Baldus	Maria Dolores Mezquita
Domingo Bello Janeiro	Miguel Teixeira de Sousa
João Trindade	Samy Garson
Judith Martins-Costa	Torsten Rosenboom
Laura Gázquez Serrano	



**CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO**

Nº 6 - 2004

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

# ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

*Publicação do Centro de Direito do Consumo*

Director  
ANTÓNIO PINTO MONTEIRO



N.º 6 – COIMBRA, 2004

## **Ficha Técnica**

### **CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO**

Título: Estudos do Direito do Consumidor – n.º 6

Ano: 2004

Edição: Centro de Direito do Consumo

Director: António Pinto Monteiro

Correspondência: Centro de Direito do Consumo  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
3004-545 Coimbra

Depósito Legal n.º 151684/00

ISSN 1646-0375

Execução Gráfica: G. C. – Gráfica de Coimbra

## APRESENTAÇÃO

Cá estamos, de novo, com os **Estudos de Direito do Consumidor** em mãos. Desta vez, para apresentarmos o n.º6, relativo a 2004. Espreitemos o seu conteúdo.

Tivemos na Cerimónia de Abertura do 7.º Curso de Direito do Consumidor o Desembargador João Trindade, Presidente do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra, que nos honrou com a conferência inaugural sobre “Passado, Presente e Futuro dos Meios Alternativos de Resolução de Litígios – Centros de Arbitragem – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra”, e que agora publicamos.

Ainda como estudos ligados ao Curso, distingue-nos o Professor Miguel Teixeira de Sousa com o que dedica neste volume à tutela jurisdicional dos interesses difusos; e o Mestre Alexandre Dias Pereira, por sua vez, dedica o trabalho ao contrato electrónico.

A Mestre Mafalda Miranda Barbosa traz aos **Estudos** um artigo sobre o âmbito da lei dos serviços públicos essenciais, interrogando-se acerca da taxatividade ou carácter exemplificativo do artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho.

Pelo nosso lado, incluímos neste volume um trabalho dedicado ao erro e à imprevisão, mais exactamente, à delimitação entre estes institutos, já publicado numa obra italiana que trata do novo Código Civil brasileiro, assim como numa revista brasileira, mas não ainda em Portugal.

A propósito do Brasil, é com muito gosto que destacamos a presença, neste volume, da Doutora Judith Martins-Costa, Professora de Direito Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Livre Docente pela Universidade de São Paulo, com um estudo sobre a boa fé.



Assim como a presença amiga do Doutor Christian Baldus, Professor Catedrático de Direito Civil e Direito Romano da Universidade de Heidelberg, com um artigo que versa sobre alguns aspectos da recente e importante reforma do BGB e suas implicações no direito do consumidor, ele que de há muito vem estando ligado à nossa Faculdade, e que já interveio também no Curso de Direito do Consumidor. Da Alemanha vem ainda um artigo do Dr. Torsten, sobre a responsabilidade civil de profissionais que fiscalizam sociedades anónimas, e que de algum modo dá conta da sua visita de estudos à nossa Faculdade.

Testemunho, igualmente, desta ligação à nossa Casa, onde já interveio mais do que uma vez, saudamos a presença amiga do Doutor Domingo Bello Janeiro, Professor Catedrático da Universidade da Corunha, que escreve sobre a responsabilidade patrimonial da Administração.

Também a Doutora Maria Dolores Mezquita, Professora Titular de Direito Civil da Universidade Pública de Navarra, nos enriquece com um trabalho dedicado aos prazos na compra e venda de consumo, fazendo um estudo da questão nos direitos espanhol e português, trabalho que ao mesmo tempo nos dá conta da sua breve visita de estudos à nossa Faculdade e do excelente relacionamento que vimos mantendo com aquela Universidade, e que já trouxe até nós os Professores Enrique Rubio Torrano (cfr. o n.º 4 destes **Estudos**) e Maria Luísa Arcos Vieira.

De Espanha, registamos, ainda, da Doutora Laura Gázquez, Professora Titular de Direito Civil da Universidade de Granada, o seu oportuno estudo sobre a responsabilidade civil por produtos defeituosos no âmbito da União Europeia, dedicado ao direito comunitário e dos Estados membros.

Por último, vêm os trabalhos de estudantes do **Curso** de pós-graduação em **Direito do Consumidor**. Publicamos dois: um, é da autoria do Dr. Marco Dias, Advogado em Monção, que versa sobre o critério da boa fé no Decreto-Lei n.º 446/85; o outro, é do Dr. Samy Garson, Advogado no Brasil, em São Paulo, que escreve a respeito da responsabilidade decorrente da “veiculação” da peça publicitária.

A fechar, vem a habitual e sempre útil **informação** legislativa e jurisprudencial, a cargo da Mestre Mafalda Miranda Barbosa.

Como sempre, os últimos são os primeiros! Aqui fica o nosso grato cumprimento ao **Instituto do Consumidor**, que vem apoiando as actividades deste Centro.

*Coimbra, Dezembro de 2004*

ANTÓNIO JOAQUIM DE MATOS PINTO MONTEIRO



**O CDC – Centro de Direito do Consumo**



O Centro de Direito do Consumo (CDC) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra é um centro de documentação, investigação e ensino. Foi criado em Janeiro de 1998, por deliberação dos Conselhos Directivo e Científico da Faculdade. E constituiu-se como associação sem fins lucrativos em 26 de Fevereiro de 1998.

Entre os principais objectivos do Centro incluem-se a promoção e o desenvolvimento da investigação de nível universitário na área do direito do consumo, a organização do Curso de Direito do Consumo da Faculdade de Direito de Coimbra, a realização de congressos, colóquios, seminários ou outras actividades congéneres, a publicação de monografias, lições, textos de seminários e outros trabalhos de divulgação e investigação, assim como a consultadoria a instituições públicas e a outras organizações.

No âmbito da sua actividade o Centro dispõe de professores universitários, assistentes, investigadores e de profissionais na área do direito do consumidor.

O CDC desenvolve a sua actividade nas instalações da Faculdade de Direito. Além do seu próprio *staff*, o Centro conta com o apoio das estruturas e serviços da Faculdade.

Em 15 de Março de 1998 foi assinado, na Faculdade de Direito, um Protocolo entre o CDC e o Instituto do Consumidor, tendo o mesmo sido subscrito pelos Prof. Doutor Avelãs Nunes, Presidente do Conselho Directivo da Faculdade, e Prof. Doutor Pinto Monteiro, Presidente da Direcção do CDC, em nome do Centro, e pelos Dr. Lucas Estêvão, Presidente do Instituto do Consumidor, e Eng. José Sócrates, Ministro Adjunto do Primeiro-Ministro, que homologou o Protocolo. Este Protocolo foi subscrito por 5 anos, tendo sido renovado em 2003. O Protocolo de renovação foi subscrito pelo actual Presidente do IC, Dr. Joaquim Carrapiço, pelo Presidente do Conselho Directivo da Faculdade, Prof. Doutor Manuel Lopes Porto, pelo Presidente do CDC, Prof. Doutor António Pinto Monteiro, e homologado pelo Ministro Adjunto do Primeiro Ministro, Dr. José Luís Arnaut. Em Março de 1998 foi subscrita uma carta de intenções com o Brasilcon – Instituto Brasileiro

de Política e Direito do Consumidor, o Instituto Ibero-Americano de Direito do Consumidor e o Instituto Argentino de Derecho del Consumidor, tendo em vista a celebração de um protocolo entre o CDC e aquelas entidades.

Ainda no Brasil, o CDC aceitou colaborar com a AMB – Associação de Magistrados Brasileiros, que tem enviado juizes para frequentar o curso do CDC.

Na Europa, e com o mesmo objectivo, foram já efectuados contactos com o Centre de Droit de La Consommation, de Louvain-la-Neuve, e com outros Centros de Direito do Consumo, designadamente de Montpellier, Genève e Roma.

Tem igualmente havido estreita colaboração com a DG XXIV, Política dos Consumidores, da Comissão Europeia.

Em Janeiro de 2000, foi celebrado um protocolo o CDC e a DECO.

Em Outubro de 2000, foi celebrado um protocolo entre o CDC e o Governo Regional da Madeira, bem como um protocolo entre o CDC e a AACCCDC – Associação de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra.

No ano de 2000 o CDC colaborou com o Centro de Estudos Judiciários na organização de um seminário na área do direito do consumo. Colaboração que se repetiu em 2001, com a realização do Seminário “*A protecção do consumidor na ordem jurídica portuguesa*”, que decorreu em Coimbra nos dias 23 e 24 de Março.

Em 2001, teve lugar o Curso Intensivo de Pós-Graduação em Direito do Consumo na Região Autónoma da Madeira, que o CDC organizou ao abrigo do Protocolo firmado com a Secretaria Regional dos Recursos Humanos do Governo Regional da Madeira. O CDC colaborou ainda com esta última entidade na organização das II Jornadas sobre o Consumo, que tiveram lugar no Funchal a 7 de Dezembro de 2001.

Ao abrigo do protocolo celebrado com a AACCCDC – Associação de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra, está actualmente em estudo um projecto envolvendo o CDC, a AACCCDC, o Instituto Galego de Consumo (Xunta da Galicia) e a Escola Galega de Administração Pública.

## **Órgãos estatutários**

### **ASSEMBLEIA GERAL**

*Prof. Doutor Rui Moura Ramos – Presidente da Mesa*

*Prof. Doutora Maria João Antunes – Vice-Presidente*

*Mestre José Eduardo Figueiredo Dias – Secretário*

### **DIRECÇÃO**

*Prof. Doutor António Pinto Monteiro – Presidente*

*Mestre Paulo Mota Pinto – Vogal*

*Mestre Pedro Maia – Vogal*

### **CONSELHO FISCAL**

*Prof. Doutor João Calvão da Silva – Presidente*

*Mestre Luís Pedro Cunha – Vogal*

*Mestre Paulo Henriques – Vogal*



*Diário da República de 18 de Maio de 1998, III Série, p. 10686 (6)*

#### CDC – CENTRO DE DIREITO DE CONSUMO

“Certifico que, por escritura de 26 de Fevereiro de 1998, lavrada a fl. 17 do livro n.º 48-H do 4.º Cartório Notarial de Coimbra, a cargo da licenciada Maria Dina de Freitas Alves Martins, notária do mesmo, foi constituída uma associação sem fins lucrativos com a denominação em epígrafe, abreviadamente designada por CDC, com sede em Coimbra, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, abreviadamente designada por FDUC.

A associação, cujo objectivo principal é a promoção e o desenvolvimento da investigação de nível universitário na área de direito do consumo, a organização do Curso de Direito do Consumo da Faculdade de Direito de Coimbra, bem como o desenvolvimento de acções no domínio da formação complementar profissional e de pós-graduação, a realização de congressos, colóquios, seminários ou outras actividades congéneres e o incentivo à participação dos seus associados e estudantes em iniciativas do mesmo tipo, em Portugal ou no estrangeiro, publicação de monografias, lições, textos de seminários e outros trabalhos de divulgação e investigação, consultadoria a instituições públicas e outras organizações ou organizações ou entidades, públicas ou privadas, no domínio do Direito do Consumo, concessão de bolsas de estudo ou subsídios de investigação, colaboração com outras entidades, públicas ou privadas, nacionais, estrangeiras ou comunitárias, em trabalhos, estudos ou acções para que seja solicitada ou de que tome a iniciativa, constituição e desenvolvimento de um centro de documentação, e a realização de outras acções, estudos ou iniciativas que contribuam para o desenvolvimento, em geral, do direito de consumo.

Podem ser associados do CDC a Universidade de Coimbra, através da sua Faculdade de Direito, os membros do corpo docente da FDUC, os docentes do curso de Direito do Consumo, os professores jubilados ou aposentados da FDUC, pessoas e entidades de reconhecido mérito na área do direito do consumo, sob proposta da direcção, bem como, nos mesmos termos, pessoas e entidades que hajam dado ao CDC contribuição especialmente relevante; são associados fundadores do CDC as pessoas que subscreveram os presentes estatutos, bem como aqueles que se inscreveram até à realização da primeira assembleia geral.

Perde-se a qualidade de associado: por desejo do próprio, uma vez comunicado por escrito à direcção; por falta de pagamento da quotização, nos termos a definir pela assembleia geral; por exclusão deliberada pela assembleia geral, após proposta fundamentada da direcção ou a requerimento de, pelo menos, um terço dos associados.

São causas de exclusão de um associado o desrespeito reiterado dos seus deveres para com a associação ou o não cumprimento injustificado das deliberações legalmente tomadas pelos órgãos do CDC; a adopção de uma conduta que contribua para o descrédito, desprestígio ou prejuízo do Centro.

A deliberação de exclusão de um associado só pode ser tomada se na reunião estiverem presentes, pelo menos, metade dos associados e se a proposta de exclusão for aprovada por dois terços dos votos expressos.

A sua duração é por tempo indeterminado.

Está, na parte respeitante, em conformidade com o original”.

## **Curso de Direito do Consumo**

O CDC organiza anualmente um Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo, encontrando-se a decorrer, no ano lectivo 2002-2003, o 5.º Curso. Podem candidatar-se os titulares de uma licenciatura em Direito ou em outras licenciaturas adequadas, bem como, excepcionalmente, pessoas cujo curriculum e experiência ou actividade profissional o justifiquem. O curso funciona à Sexta-feira à tarde e ao Sábado de manhã.

O elenco das disciplinas e módulos do curso é o seguinte:

### **DISCIPLINAS**

- Direito dos Contratos
  - *Prof. Doutor António Pinto Monteiro*
- Direito Internacional e Comunitário do Consumo
  - *Prof. Doutor Moura Ramos*
  - *Mestre Gorjão-Henriques*
- Direito da Publicidade
  - *Mestre Paulo Mota Pinto*

### **MÓDULOS**

- Introdução ao Direito do consumidor
  - *Prof. Doutor António Pinto Monteiro*
- Direito Penal do Consumo
  - *Prof. Doutor Augusto Silva Dias*
- Direitos Fundamentais do Consumidor
  - *Prof. Doutor Vieira de Andrade*

- Responsabilidade por Informações  
– *Prof. Doutor Sinde Monteiro*
- Responsabilidade Civil do Produtor  
– *Prof. Doutor Calvão da Silva*
- Time-Sharing  
– *Prof. Doutor Henrique Mesquita*
- Garantias  
– *Prof. Doutor Ferreira de Almeida*
- A Tutela Jurisdicional do Consumo em Portugal  
– *Prof. Doutor Teixeira de Sousa*
- Viagens Organizadas  
– *Prof. Doutor Sousa Ribeiro*
- O Endividamento dos Consumidores, Perspectiva sócio-económica  
– *Prof. Doutora Maria Manuel Leitão Marques*
- Sistema organizatório de protecção do consumidor  
– *Prof. Doutora Maria da Glória Pinto Garcia*
- Obrigação Geral de segurança  
– *Prof. Doutor Cassiano dos Santos*
- Protecção do Consumidor de serviços financeiros  
– *Mestre Almeno de Sá*
- Sinais Distintivos  
– *Mestre Nogueira Serens*
- O Sobreendividamento  
– *Dr. Manuel Tomé Soares Gomes*

- Meios processuais de defesa do consumidor  
– *Mestre Maria José Capelo*
- Preços  
– *Mestre Carolina Cunha*

### **Outras intervenções**

#### CONFERÊNCIAS DE:

Procurador Geral da República  
Bastonário da Ordem dos Advogados  
*Prof. Doutor Antunes Varela*  
*Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*  
*Prof. Doutor Rui de Alarcão*  
*Prof. Doutor Oliveira Ascensão*  
*Prof. Doutor Menezes Cordeiro*  
*Prof. Doutor Menezes Leitão*  
*Prof. Doutor Bernd Stauder*  
*Prof. Doutor Guido Alpa*  
*Prof. Doutor Enrique Rubio*  
*Dr. Newton de Lucca*  
*Prof. Doutor Gilles Paisant*  
*Prof. Doutor Paulo Luiz Netto Lôbo*  
*Dr. Joaquim Carrapiço, Presidente do Instituto do Consumidor*  
*Dr.ª Manuela Flores*  
*Prof. Doutor Christian Baldus*

#### DEDATES COM:

Instituto do Consumidor  
Associações de Defesa do Consumidor



**Sessão de Abertura do 7.º Curso  
de Pós-Graduação em Direito do Consumo**



# DISCURSO NA SESSÃO DE ABERTURA DO 7.º CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO CONSUMIDOR

ANO LECTIVO 2004/2005\*

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

Professor Catedrático da Faculdade  
de Direito de Coimbra

1. Repetem-se os dias, as estações e os anos! Repetem-se os Cursos. Repetem-se os gestos! Cá estamos nós, como todos os anos, já bem dentro do Outono, com este gesto, a anunciar a abertura de um novo Curso, o 7.º Curso de Direito do Consumo, e a homenagearmos os diplomados do Curso anterior, com a entrega dos respectivos certificados. A testemunhar o acto, estão os nossos Amigos convidados, a conferirem solenidade ao evento; e está o nosso orador, a proferir a Lição inaugural do 7.º Curso.

2. Começo por aqui. Começo por agradecer a todos quantos nos honram uma vez mais com a sua presença nesta cerimónia, entre os quais ilustres Magistrados, Advogados, Presidentes e membros de Associações de Consumidores e outras distintas autoridades. Envolve na minha saudação os Colegas presentes e todos quantos, não podendo

---

\* Na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 12 de Novembro de 2004, na qualidade de Presidente da Direcção do CDC e Responsável Científico do Curso.



estar hoje connosco, me fizeram chegar o seu abraço: o Senhor Ministro Adjunto do Primeiro Ministro, o Senhor Governador Civil de Coimbra, o Senhor Presidente do Tribunal da Relação de Coimbra, o Senhor Presidente do Instituto do Consumidor, o Senhor Bastonário da Ordem dos Advogados, o Dr. Paulo Mota Pinto, a Doutora Maria Manuel Leitão Marques e tantos outros. Não esqueço os estudantes – os de ontem e os de hoje: a todos o meu caloroso abraço. A todos os presentes, o nosso agradecimento pela sua vinda.

3. O Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra inicia hoje o 7.º Curso de pós-graduação.

São já centenas os estudantes que frequentaram o Curso ao longo destes 7 anos. Vieram do Instituto do Consumidor, das principais associações de defesa do consumidor, dos Centros de arbitragem e dos CIACS, interessados em aprofundar os seus conhecimentos e, muitas vezes, em enquadrar normativamente o que a experiência prática lhes ensinara – ou vieram pura e simplesmente dos bancos da Escola, logo que terminaram a respectiva Licenciatura, desejosos de se familiarizarem com este novo ramo de direito que desponta. Outros vieram dos tribunais, magistrados ou advogados; alguns do estrangeiro – e muito especialmente do Brasil. Mas tivemos já também estudantes provenientes de outros países, da Espanha, da França e da Venezuela, designadamente.

Neste contexto, aproveito para saudar a AMB – Associação de Magistrados Brasileiros e os Drs. Artur Jenichen Filho e Nelson Rego, juízes, respectivamente, em Santa Catarina e em São Luís do Maranhão, que aquela Associação brasileira seleccionou para frequentarem este ano o nosso Curso, ao abrigo de um Protocolo com o nosso Centro, graças ao qual, ano após ano, vários juízes brasileiros têm estado connosco em Coimbra.

A todos o nosso desejo de que o Curso venha a corresponder ao que dele esperam, a todos o nosso desejo de que o Curso compense o sacrifício de vir a Coimbra todos os fins de semana.

Têm ao vosso dispor um corpo docente de elevadíssima craveira científica, que com competência e dedicação vem colaborando com o Curso e com o Centro, e que aproveito para saudar de modo muito especial.

4. O número de alunos do Curso é este ano mais reduzido. Creio que a tendência é geral, no tocante aos Cursos de pós-graduação mais antigos. A concorrência interna e externa tem aumentado e todos os anos surgem novas pós-graduações (só na nossa Faculdade, creio que são 18 os cursos a funcionar...). O que poderá também trazer vantagens, pois um menor número de alunos permitirá uma maior participação destes nas aulas, quase podendo funcionar em regime de seminário, como sucede com os Mestrados. Enfim, cada Colega fará a avaliação disso nas suas aulas.

5. Como habitualmente, registo, além do Curso, outros acontecimentos importantes da vida do nosso Centro, no ano lectivo anterior, que findou. E como não podia deixar de ser, recordo, à cabeça, o n.º 5 dos nossos *Estudos de Direito do Consumidor*, relativo a 2003, com a indiscutível qualidade e regularidade a que esta publicação já nos habituou.

Recordo ainda, entre outros passos que demos, a habitual parceria com o CEJ (tradicionalmente através de um colóquio com a colaboração da Ordem dos Advogados, que se realiza no Auditório da nossa Faculdade), e que este ano decorreu em Lisboa e se destinou a Magistrados, por iniciativa do CEJ. Assim como o habitual ciclo de conferências em que participamos, promovido pelo Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados.

São realizações do CDC – são realizações que compartilho, como é óbvio, com os meus Colegas da Direcção, Drs. Paulo Mota Pinto e Pedro Maia, que daqui saúdo com um afectuoso abraço.

Procuramos assim contribuir, a vários níveis e em vários planos, para a *formação jurídica* na área do *direito do consumidor*. O que é tanto mais importante quanto mais se aproxima a data em que será divulgado o *Anteprojecto do Código do Consumidor*. A nossa Faculdade e o nosso Centro constituirão por certo espaços *privilegiados*, pelo trabalho que têm feito nesta área, para essa divulgação, para o debate público sobre o futuro *Código do Consumidor*.

6. Senhor Presidente do Conselho Directivo da FDUC, hoje como sempre, servimos a nossa Faculdade, que V. Exc.<sup>a</sup> aqui representa e

cuja presença amiga muito agradeço. Não pôde estar aqui hoje o Presidente do IC, Instituto que nos vem apoiando nesta nossa caminhada e que merece aqui e agora a nossa palavra de muito apreço. Também o Jornal As Beiras, aqui representado pelo Senhor António Abrantes, Presidente do Conselho de Administração, justifica uma particular e grata referência, pelo apoio que a partir deste ano concede ao nosso Centro.

Connosco está o Dr. João Trindade, Desembargador do Tribunal da Relação de Coimbra e Juiz Árbitro do Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem de Conflitos do Consumo do Distrito de Coimbra. Com o seu saber e a sua experiência, irá tratar de um tema fundamental, no contexto dos mecanismos de defesa do consumidor, como são os *meios alternativos de resolução de conflitos*. Muito obrigado, Senhor Desembargador, por ter aceitado o nosso convite para abrir este Curso. Desde já me atrevo a solicitar-lhe o texto da sua intervenção para publicarmos no n.º 6 dos nossos *Estudos de Direito do Consumidor*, relativo a 2004.

7. Dirijo-me de novo, e por fim, aos estudantes. Aos antigos, àqueles que, do Curso anterior, vão receber daqui a pouco o seu certificado, os nossos parabéns. Vieram apenas alguns, nem todos puderam deslocar-se hoje a Coimbra, mas a todos envolvemos num abraço fraterno. Renovados parabéns e voltem sempre, esta continuará a ser uma vossa Casa.

Aos novos estudantes, que com curiosidade e expectativa nos observam, reiteramos os nossos votos de boas vindas e de sucesso académico. Como de costume, festejamos o *passado* com olhos de esperança no *futuro*.

Felicidades para todos e muito obrigado pela vossa presença.

## I – PASSADO, PRESENTE E FUTURO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS

### II – CENTROS DE ARBITRAGEM – CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DO DISTRITO DE COIMBRA

JOÃO TRINDADE

Juiz Árbitro do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra  
Juiz Desembargador do Tribunal da Relação de Coimbra

#### O PASSADO

Já na Grécia antiga, se constata que o tratado firmado entre Atenas e Esparta, em 455 a.c, continha cláusula compromissória, o que evidencia a utilização deste instituto por aquele povo.

Na Roma antiga, há notícia dum sistema adoptado para se estimular o “*ludicum privarum – iudice*” (lista dos nomes de cidadãos idóneos) cujo objectivo era solucionar, em campo não judicial, os litígios entre os cidadãos.

Em Portugal temos conhecimento dos meios alternativos nas Ordenações Afonsinas no século XVII que contem algumas disposições sobre arbitragem.

Também as Ordenações Manuelinas e Filipinas sem trazerem novidades contemplam a arbitragem.

A Constituição de 1822, a Carta Constitucional de 1826 e a Constituição de 1928 consagravam expressamente a possibilidade de as partes recorrerem a árbitros

Mais recentemente a Constituição da República de 1982 consagrou a existência de tribunais arbitrais e com a publicação do D.L. n.º 243/84 de 17/7, procurou adaptar-se o instituto da arbitragem voluntária a novas exigências e atender a solicitações provenientes de vários sectores da vida económica. Até então, no nosso ordenamento jurídico, a disciplina geral da arbitragem voluntária decorria das disposições constantes do Código de Processo Civil de 1961, no seu Livro IV, Título I – Do Tribunal Arbitral Voluntário (art.ºs 1508.º a 1524.º) que seguiam de perto as disposições do Código de Processo Civil de 1939,

É certo que nas últimas décadas se assistiu a um enorme impulso no estudo e debate pelos meios alternativos de resolução de conflitos.

Os programas dos governos e partidos políticos surgidos após o 25 de Abril apontavam a necessidade de democratizar o sistema e de garantir a igualdade dos cidadãos perante a lei defendendo a introdução de métodos não contenciosos de resolução de conflitos (arbitragem e conciliação).

No entanto tais boas intenções limitavam-se a ficar no papel.

## O PRESENTE

Esta pequena retrospectiva permite-nos compreender que apesar do ressurgimento no terreno, apesar do “boom” dos meios alternativos na última década não podemos afirmar que foi agora que ,permitam-me a expressão, se descobriu a pólvora.

No entanto podemos afirmar que foi nesta última década que se efectivou, se pôs em prática se colocou no terreno esses estudos e debates.

Tal movimento aparece aliado mais recentemente a vários factores dos quais destacamos os seguintes:

- uma maior consciencialização dos cidadãos, quando não só manifestam preocupação passiva pelos seus direitos, mas tam-

bém porque revelam agora uma activa capacidade de defesa desses mesmos direitos, numa atitude de cada vez maior cidadania sobretudo com vista a defenderem-se duma cada vez mais complexa vida em sociedade. Na verdade, embora não tanto como seria de desejar, neste campo, podemos constatar hoje que se tem desenvolvido uma cultura de cidadania activa, quer individualmente, quer através de associações.

Outro factor – a crise da justiça: a este propósito não queremos deixar de salientar que a primeira crise dos anos setenta – após o 25 de Abril de 1974 – os meios alternativos não encontraram campo fértil uma vez que eram outras as preocupações da altura, daí que só no segundo momento de ruptura, que ocorreu nos inícios dos anos noventa, com contornos diferentes da primeira, deixando se ser possível ao Estado aguentar tanta conflitualidade, é que começaram a aparecer os meios alternativos. Surgem eles como que a dar razão ao provérbio chinês “ao morrer evite o inferno, em vida evite os tribunais”

Outro factor – O incentivo patrocinado da União Europeia e consequente empenhamento estatal, sendo justo realçar a dinamização feita pelas autarquias locais, em efectivar o acesso ao direito e à justiça, fundamental em qualquer regime democrático.

A dignidade social, a igualdade perante a lei e a garantia do acesso ao direito e aos tribunais, mesmo em caso de insuficiência económica, são direitos fundamentais dos cidadãos, expressamente consagradas na Constituição da República Portuguesa.

Deste modo o acesso à arbitragem dos conflitos é corolário lógico de um direito fundamental, qual seja o do princípio da igualdade jurídica de todos os cidadãos perante a lei.

A criação e desenvolvimento dos Centros de Arbitragem e Tribunais Arbitrais visou assim retirar litígios do sistema judicial, facilitar a sua resolução através de um meio mais adequado, por expedito e mais barato e facilitar o acesso à justiça permitindo a resolução de litígios que de outro modo nunca sairiam da mera intenção dos lesados.

Com a publicação do referido **D.L. 243/84-17/7** o enquadramento legal da arbitragem foi, pela primeira vez efectuado por um diploma autónomo.

Surge depois a **Lei 31/86 de 29/8** num contexto em que se tornou necessária a existência de um corpo legislativo sólido e de aplicabilidade prática e que reservou um importante papel à arbitragem institucionalizada.

Esta lei estabelece o actual regime jurídico da arbitragem em Portugal e o seu art.º 1.º refere que pode ser submetido ao tribunal qualquer litígio que não respeita a direitos indisponíveis. Estão excluídos, ainda, os conflitos submetidos por lei especial exclusivamente a tribunal judicial ou arbitragem necessária.

Na minha perspectiva com este diploma abandonou-se as discussões teóricas dos gabinetes e passou-se para o terreno.

No seguimento, surge o D.L. 425/86 de 27/12 que veio definir as circunstâncias em que poderão ser criados centros de arbitragem com natureza institucionalizada. Considerou este diploma e nunca é demais acentuar, que “na difusão dos mecanismos de arbitragem voluntária estará uma das vias para desbloquear a actividade dos tribunais.”

Assim passados 18 anos sobre a publicação da Lei 31/86 existem 24 entidades legalmente autorizadas a celebrar arbitragens voluntárias, sendo a sua área de jurisdição variável e as matérias tratadas e actividades contempladas bastantes diversas.

Que meios alternativos:

## ARBITRAGEM

As partes confiam a resolução do litígio a um ou vários árbitros, organizados em Tribunal Arbitral, é a arbitragem “ad hoc”.

O litígio deve respeitar a direitos disponíveis, tendo a decisão proferida o valor de uma sentença judicial que pode ser executada nos Tribunais Judiciais.

As partes podem escolher elas próprias os árbitros e as regras do processo ou confiar a uma entidade institucional (Centro de Arbitragem) – a organização e o funcionamento do Tribunal Arbitral, é a arbitragem institucionalizada.

## MEDIAÇÃO

É um processo de resolução de um conflito existente ou emergente mediante a composição dos interesses das partes, conseguida pelas próprias partes com o auxílio de um terceiro neutro e imparcial.

Visa a composição amigável do conflito através da intervenção do mediador, imparcial, que tenta aproximar as partes e auxiliá-las na conclusão de uma solução consensual para o conflito.

A mediação pode ser exclusivamente facilitadora, caso em que o mediador, facilitando a composição dos interesses não decide, propõe ou sequer sugere qualquer solução para o litígio, ou avaliadora, caso em que ao mediador se pede uma sugestão de composição do litígio, que pode ou não ser aceite pelas partes.

As vantagens da mediação resultam de que a gestão e solução do litígio permanecem na total disponibilidade das partes, o processo é extremamente rápido dependendo das partes e do mediador, o enfoque é posto na composição de interesses e não na definição de direitos, sendo que a mediação não prejudica a adopção de outras formas subsequentes de resolução: Arbitragem ou Tribunais Judiciais

Hoje em algumas áreas a mediação está associada e surge como um meio alternativo prévio. Neste contexto tem tido um papel importante na área de jurisdição de família e menores e julgados de paz.

Sublinhe-se que se os intervenientes assim o quiserem, concluída a mediação com êxito, o acordo é homologado pelo Presidente do Tribunal em cuja circunscrição tem a sede o organismo de mediação e constitui título executivo.

## JULGADOS DE PAZ

A revisão constitucional de 1997 veio consagrar a possibilidade de ao lado dos tribunais judiciais, serem criados os “julgados de paz” (art.º 209.º da Constituição).

A lei 78/01 de 13/7 regula a competência, organização e funcionamento dos julgados de paz e a tramitação dos processos da sua competência.



Dada alguma proximidade em termos de constituição e formalismo com os tribunais judiciais põe-se a questão se saber se estamos ou não perante um meio alternativo de resolução de conflitos.

Parece-me que terão de ser considerados como Meios Alternativos na medida em que não são integráveis na ordem jurisdicional dos tribunais judiciais. Por outro lado reúnem quase todas as características dos tribunais arbitrais. Assim podemos concluir, como o juiz Conselheiro Jaime Cardona Ferreira, Presidente do Conselho de Acompanhamento dos Julgados de Paz que estes são tribunais, mas, como os arbitrais, são meios alternativos, vale dizer, não são Tribunais judiciais.

Estão vocacionados para permitir a participação cívica dos interessados e para estimular a justa composição dos litígios por acordo das partes.

Os procedimentos são orientados por princípios de simplicidade, adequação, informação, oralidade e absoluta economia processual.

A competência é exclusiva a acções declarativas.

Estruturalmente os julgados de paz viram consagrada a intervenção da “mediação” e mesmo “pré-mediação”. Em cada julgado de paz existe um serviço de mediação com carácter preliminar desde que qualquer uma ou ambas as partes não tenham previamente afastado essa possibilidade.

## O FUTURO

É inegável que os Meios Alternativos de Resolução de Litígios têm vindo a afirmar-se na nossa sociedade contribuindo, não sabendo em que medida, já que não encontramos estudos sobre tal, não só para aliviar os tribunais, mas sobretudo para garantir o direito constitucionalmente consagrado do acesso à justiça.

É esta última vertente que nos permite ver um futuro risonho para os Meios Alternativos, ponto é que o empenhamento das entidades envolvidas não esmoreça e continue a incentivar a criação de novos Centros e a melhorar os já existentes tendo em vista garantir, duma forma cada vez mais abrangente, o acesso á justiça.

Tenho a certeza que este boom dos meios alternativos, que surgiu com a rotura da Justiça não vai hibernar ou morrer, quando a crise da justiça ,que infelizmente, nos parece, vai perdurar, for ultrapassada.

Atentos os benefícios e a projecção que nos próximos tempos os meios alternativos vão ter, não tenho dúvidas que o papel que estão e irão desempenhar na nossa sociedade, cada vez mais complexa, fará que eles sejam determinantes na consagração daquilo a que podemos chamar de convivência pacífica entre meios alternativos e judiciais.

Parece-nos importante no futuro esbater alguma “conflitualidade” de competência em razão da matéria e do território.

Para que tal suceda terá que haver uma maior articulação entre a várias entidades no sentido de evitar duplicação ou até um excesso de oferta, com uma consequente melhor distribuição geográfica dos meios alternativos, já que como acontece com tudo, ou quase tudo, neste país, há uma franja do litoral e todo ou a grande parte do interior que ainda não está contemplado.

Terá que haver uma maior e melhor reflexão sobre a coabitação e interacção dos vários sistemas.

Para que o tal futuro risonho se alcance o mais rapidamente possível é necessário também uma maior divulgação dos meios alternativos e suas virtualidades já que nos parece haver algum subaproveitamento das estruturas existentes.

## CENTROS DE ARBITRAGEM – CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DE COIMBRA

Uma das maneiras de o Estado cumprir a incumbência constitucional em referência consiste em estabelecer políticas de protecção dos consumidores adequadas e em criar, à semelhança do que acontece na generalidades dos países europeus, uma entidade administrativa especial com a missão de as promover e coordenar, de executar as medidas destinadas a garantir os direitos dos consumidores e de prestar apoio às suas organizações. Tal é entre nós o papel do Instituto de Consumidor

Teve e tem este sistema, além doutros, o mérito de envolver a sociedade civil através das várias associações (Comerciais, Industriais Deco, ACOP, Automóvel Clube de Portugal, Anarec, Anecra etc), organismos do Estado (Ministérios, Institutos), Ordens profissionais (Ordem dos Advogados, Médicos, Engenheiros) bem como organizações sindicais.

A **competência** dos centros de arbitragem encontra-se delimitada em função da matéria, do valor e do território.

Quanto à matéria todos os centros têm carácter especializado pois resolvem apenas *conflitos de consumo*, definidos como sendo os que decorrem do fornecimento de bens e serviços destinados a uso privado, por pessoa singular ou colectiva que exerça, com carácter profissional, uma actividade económica em que aquele acto se insira. Um exemplo: Se um consumidor compra uma fotocopiadora para usar na sua residência e surge um litígio por causa dela pode socorrer-se do Tribunal Arbitral. Se o mesmo consumidor compra uma fotocopiadora para utilizar numa loja de fotocópias que explora já não pode socorrer-se do Tribunal Arbitral. trata-se de uso não privado, trata-se de uma relação no âmbito da actividade profissional do consumidor.

No Regulamento do Centro de Coimbra (art.º 2.º, 2) estão excluídos, também, os débitos ocasionados no exercício de profissão liberal e os relativos a responsabilidade civil por lesões físicas e morais ou morte, conexas com a criminal.

Existem outros centros especializados como O CASA (Centro de Arbitragem do Sector Automóvel), Centro de Arbitragem Voluntária Institucionalizada do Instituto dos Valores Mobiliários, Centro de Informação Mediação e Arbitragem de Seguros Automóveis (CIMASA)

Uma referencia também ao tribunal Arbitral da Associação dos Industriais da Construção Civil e Obras Públicas, com âmbito nacional e que está orientado para a resolução de contendas relacionadas com contratos de empreitada, com compra e venda e imóveis, com a responsabilidade civil de industriais da construção civil.

Quanto ao valor a competência da maioria dos Centros abrange os litígios de consumo de montante não superior ao valor da alçada dos tribunais de primeira instância. (3740,98 €)

Há exceções como o do Centro do Algarve e do Vale do Cávado no qual o valor não pode ultrapassar o da alçada da Relação (€14.963,94) e o Centro de Arbitragem do Sector Automóvel(CASA) que não possui qualquer limite.

Parece-me que deveria haver uma uniformização destes valores sob pena de descaracterização do sistema.

Por outro lado afigura-se-me que os valores muito elevados poderão dar origem a litígios mais complexos, a exigir outro “tratamento jurídico”, com maior dificuldade de prova, eventual recurso a peritagens, com reflexos negativos numa das características essenciais que importa preservar qual seja o da celeridade. Não podemos olvidar que os centros, pelo menos os de consumo, estão vocacionados para as referidas bagatelas jurídicas.

Defendo, no entanto, que a indexação às alçadas do tribunais deve ser abandonada uma vez que o legislador processual civil, provavelmente porque sujeito a outros parâmetros não acompanha a realidade económica com a frequência que os litígios de consumo exigem.

Temos constatado que algumas vezes os consumidores para poderem beneficiar das vantagens do Centro reduzem o valor do prejuízo limitando-se a reclamar uma indemnização que não ultrapasse o valor permitido.

Quanto ao território verificam-se basicamente duas situações. A tendência maioritária é para a arbitragem ser meramente concelhia (Lisboa, Porto) ou regional (Vale do Ave, distrito de Coimbra) tendo a reparação automóvel âmbito nacional.

Os centros de arbitragem adoptaram na sua maioria um modelo que podemos classificar de três em um. Na verdade integram serviços de informação e aconselhamento jurídico, promovem a conciliação e a mediação e podem resolver os conflitos por intermédios de árbitros.

Este modelo de três em um, assentando essencialmente na existência de um procedimento conjugado de informação, mediação e conciliação funciona também como um funil que determina que a última fase a atingir, a contenciosa, a arbitragem, a ida ao tribunal arbitral, é aquela que menos se realiza.

Para uma melhor compreensão podemos adiantar que em relação ao Centro de Arbitragem de Coimbra, com referência a 2003, foram prestadas 318 informações (32 escritas, 163 presenciais e 123 telefónicas) e deram entrada 189 processos. Na fase de mediação resolveram-se 70% dos processos, em conciliação (com acordo homologado) resolveram-se cerca de 16% a 20% dos processos e apenas o restante 10% a 14% é resolvida com a intervenção do árbitro do tribunal arbitral. De acordo com os elementos estatísticos disponíveis, é de realçar a grande actividade informativa e de aconselhamento levada a cabo pelos centros de arbitragem, que nos permite concluir no sentido de ser esta a sua função primordial. Este papel é tanto mais importante quantos sabemos que em Portugal não existe um sistema coordenado de informação e aconselhamento jurídico aos cidadãos. Só o Ministério Público em determinadas matérias e os gabinetes de consultadoria da Ordem dos Advogados cumprem essa função.

Hoje os cidadãos ou uma boa parte, ao mínimo sinal de dúvida sobre eventual lesão do seu direito, de que determinada relação de consumo não está na sua perspectiva esclarecida procuram os Centros para se informarem.

Muitas das vezes o esclarecimento que lhes é dado permite-lhe concluir que afinal a sua primeira impressão de eventual violação de um direito, não tem fundamento, ficando confortados, no entanto, com o cabal esclarecimento da questão.

De sublinhar que no âmbito da informação está o “encaminhamento” ou seja a indicação do outro meio ou entidade onde o consumidor se deverá dirigir. Ressaltamos esta situação, já que muitos dos pedidos de informação prendem-se com matérias para as quais o Centro não está legitimado, lembramo-nos dos inúmeros pedidos de esclarecimento sobre arrendamento por exemplo.

Cumprе referir que os Centros, não obstante, a característica da unidirecionalidade que definiremos mais à frente, também prestam informações aos agentes económicos reclamados que não tem legitimidade activa.

Abordaremos agora as características do sistema arbitral de consumo

## Voluntariedade

O recurso ao Tribunal Arbitral depende de convenção de arbitragem. Depende da vontade das partes, diremos mais, da vontade do reclamado do agente económico ou do prestador de serviços. As partes têm de dar a sua anuência.

É na vontade das partes que assenta a legitimação da missão conferida aos árbitros.

A convenção arbitral pode revestir assim a forma de **compromisso arbitral**, com vista a regular um litígio já levantado, ou de **cláusula compromissória**, relativa a litígios eventuais e futuros.

Prevê-se a possibilidade de uma **declaração de adesão prévia e genérica**, por parte dos agentes económicos, ao Centro de Arbitragem e seu regulamento. Por via desta declaração, os agentes económicos obrigam-se, no caso de o consumidor nisso acordar, a submeter a julgamento arbitral todos os eventuais litígios de consumo em que sejam parte, e acatarem as decisões arbitrais. Para os aderentes, esta adesão é benéfica, pois proporciona uma imagem de credibilidade e confiança junto dos consumidores. Estes consumidores ficam a conhecer que o prestador de bens ou serviços, está disposto a resolver eventuais conflitos junto de centros de arbitragem, os quais facultam um meio célere e gratuito de resolução de conflitos.

Tal adesão voluntária, aliada à informação e consequente compreensão pelas partes da forma como tudo se desenrola permite, o que não é difícil dada a simplicidade de todo o processo, o envolvimento das partes no processo, com vantagens palpáveis já que ao longo dos 12 anos que levo no Centro de Arbitragem de Coimbra, apenas em quatro casos (dois de uma empresa que veio a falir) o consumidor teve necessidade de se socorrer do tribunal judicial para a respectiva execução.

É pressuposto de acesso ao tribunal a apresentação de reclamação pelo consumidor, reportando-se a contestação ao agente económico. Serve isto para dizer que este mesmo que se trate dum litígio de consumo não poderá desencadear a intervenção do tribunal arbitral. É a chamada **unidireccionalidade** apenas os consumidores podem ser parte activa. Temos uma excepção no Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Vale do Ave

Há quem entenda (Maria José Capelo Estudos de Direito do Consumidor n.º 1 – 1999 pag. 107 ) que tal posição do agente económico viola os princípios da igualdade e de acesso à justiça arbitral. Considera que o recurso à justiça arbitral assenta num acordo de vontades, pelo que a convenção deve poder ser aproveitada pelo ambos os contraentes.

Entendemos que não há violação dos princípios da igualdade e de acesso à justiça arbitral já que os centros foram criados no âmbito da defesa do consumidor.

No entanto neste mesmo âmbito, o da defesa do consumidor, consideramos que os mesmos princípios, celeridade, gratuidade que determinaram a criação deste tribunais também poderiam reverter na protecção do consumidor enquanto parte reclamada.

### **Celeridade**

Nos termos do art.º 19.º, n.º 2 da Lei 31/86 – Lei da Arbitragem Voluntária o prazo máximo para a decisão são 6 meses, sem embargo de as partes poderem, mediante convenção de arbitragem ou escrito posterior, prorrogar esse prazo. Na prática, e reporto-me ao caso de Coimbra, o prazo de resolução desde a apresentação da reclamação até à decisão é de 2/3 meses.

### **Gratuidade**

Na maioria dos Centros de Arbitragem as partes não têm de custear os serviços prestados, com excepção de alguns tipos de prova que as partes queiram diligenciar, como por exemplo as peritagens.

A gratuidade respeita a todo o procedimento, desde o pedido de informação até à decisão arbitral, e aplica-se a ambas as partes e não apenas ao consumidor.

Nem todos os Centros a gratuidade é a regra já que por ex. no CASA (Centro de Arbitragem do Sector Automóvel) a abertura do processo dá lugar ao pagamento de uma taxa no valor de 10 € e que será descontado no preparo a pagar, caso o processo transite para a fase de conciliação e arbitragem.

Hoje em dia, em época de crise económica, quando se questiona os custos de tudo, quando se fixam taxas moderadoras, questiona-se igualmente a gratuidade dos centros de arbitragem.

Parece-nos no entanto que esta característica, não obstante os custos para o erário público terá de se manter já que a franja de litigiosidade que ocorre aos Centros de Arbitragem, as chamadas bagatelas jurídicas, assim o exige.

É que temos litígios com valores muito baixos .

Para que se possa conhecer e compreender esta realidade alguns exemplos:

*Uma consumidora pretende uma indemnização de 14.000\$00 pois que adquiriu um conjunto de malha por esse preço e após o ter utilizado pela primeira vez lavou-o tendo o mesmo ficado manchado e inutilizado*

*Outra que entregou numa lavandaria uma colcha edredom para limpeza a seco. Quando a foi levantar verificou que a mesma tinha perdido o alcochoado. Pedia uma indemnização de 25.000\$00.*

*Ainda um outro consumidor pretendia que a empresa exploradora de um parque de estacionamento lhe pagasse a quantia de 19.890\$00 em virtude de uma amolgadela que sofreu a sua viatura quando a mesma se encontrava estacionada no parque à sua guarda.*

*Outra consumidora veio reclamar em virtude de ter entregue uma blusa de malha num atelier de costura para a encurtar e fazer nova bainha e a mesma foi-lhe entregue esburacada em todo o pesponto ficando sem qualquer possibilidade de utilização. Pede uma indemnização de 140 € correspondente ao valor da blusa.*

Constata-se, com estes exemplos, que os conflitos que nos chegam no mais das vezes, têm um ponto comum que é o deles por norma não serem submetidos à cognição judicial.

A necessidade de efectuar o pagamento de honorários e de arcar com as custas judiciais e a morosidade são os travões que não só privam como resultam numa incontida insatisfação, sentimento de impotência e mesmo revolta do cidadão nas causas de pequeno valor, nas denominadas bagatelas jurídicas



### Vinculante e executivo

A submissão à arbitragem implica a aceitação da decisão arbitral. A decisão arbitral tem força de caso julgado.

As decisões arbitráveis são dotadas de força executiva idêntica às sentenças judiciais – art.º 48.º, n.º 2 do CPC.

Como o poder de julgar dos árbitros emerge do acordo das partes não são dotados de *imperium*.

Como afirma Henrique Mesquita “por ser privada a fonte da sua legitimação, os árbitros não dispõem, como o juízes estaduais, de competência coerciva, estando-lhe vedada a prática de actos que envolvam ou pressuponham a soberania”.

Em conformidade, a execução de uma decisão arbitral tem de ser requerida nos tribunais judiciais segundo o disposto no art.º 30.º da LAV.

Neste âmbito cumpre sublinhar que o consumidor que se socorra dos centros de arbitragem de conflitos de consumo e obtém do tribunal sentença condenatória favorável, tem um direito concreto que merece ser juridicamente acautelado, por isso não se justifica que na execução de tal decisão condenatória ainda deva sujeitar-se ao prévio pagamento de preparos e custas, e assim o art.º único do D.L. 103/91 de 8/3 isenta de preparos e custas a execução das decisões dos tribunais arbitrais.

Note-se que da decisão arbitral de acordo com o Regulamento do Centro de Coimbra só há recurso se tiver por fundamento a ofensa do caso julgado (art.º 19.º, n.º 1).

Pode-se requerer a anulação da decisão para o Tribunal Judicial da Comarca com base em qualquer dos fundamentos do art.º 27.º da Lei 31/96: Não ser o litígio susceptível de resolução por via arbitral, ter sido proferida por tribunal incompetente ou irregularmente constituído, ter o tribunal conhecido questões de que não podia tomar conhecimento ou ter deixado de pronunciar-se sobre questões que devia apreciar.

Com este fundamento já tivemos um caso no qual a EDP veio requerer a anulação duma decisão, por excesso de pronúncia, com base em factos não invocados por qualquer das partes, designadamente na inexistência/existência de protecção e na obrigação de informação acerca

da necessidade destes dispositivos. Tal acção foi julgada improcedente tendo o tribunal da comarca da Figueira da Foz entendido que não houve excesso de pronuncia mas apenas uma interpretação e enquadramento jurídicos.

Se me permitem, muito rapidamente, darei conta da decisão arbitral que considero algo polémica, mas que, na altura, entendi ser a melhor e até ao momento não encontro razões para alterar o meu entendimento.

Um consumidor veio reclamar da EDP o pagamento de 29.000\$00 alegando para tanto e em resumo que em virtude de interrupções diárias do fornecimento de energia um frigorífico combinado avariou-se tendo a respectiva reparação importado naquela quantia.

Na resposta dada no CIAC com vista à conciliação das partes alegou a EDP que de acordo com os registos por si efectuados no período de 1-1-99 a 9-7-99 se verificaram 10 interrupções de energia devidas a factos imprevisíveis e insuperáveis nas redes de Alta e Média tensão. Adianta que as interrupções e os restabelecimentos do fornecimento de energia eléctrica são situações correntes de exploração para os quais todos os equipamentos eléctricos devem ser dimensionados, não sendo, portanto susceptíveis de, por si só, provocar danos em equipamentos, desde que estes possuam as características e propriedades adequadas e estas não tenham sofrido alterações resultantes do uso. Finalizando reforça a necessidade de os clientes no seu próprio interesse, tomarem as devidas precauções, dotando as instalações de utilização de adequados dispositivos de protecção, quando dispõem de equipamentos sensíveis.

Da factualidade dada como provada resultou que o aparelho que ficou danificado encontrava-se ligado à corrente transportada, fornecida e distribuída pela reclamada.

Igualmente se demonstrou que ocorreram várias interrupções no fornecimento de energia.

Existe um normativo (art.º 594.º do D.L. 740/76 de 26/12) que exige que os consumidores dotem as instalações eléctricas de adequados dispositivos de protecção.

Considerámos na altura que os direitos dos consumidores estão hoje e cada vez mais a ser reconhecidos ao mais alto nível, sendo acolhidos na própria Constituição da República Portuguesa. O n.º 1 do art.º 60.º da Constituição estabelece que “os consumidores têm direito

à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.

E foi com base nesse dever de informação que impende sobre a EDP que decidimos a questão.

Ou seja o prestador de serviços públicos essenciais deve na altura da celebração do contrato ou posteriormente não só informar o utente da exigência desse aparelho de protecção como mesmo sensibilizá-lo para o efeito. É o que determina art.º 4.º da Lei n.º 23/96 de 26/7 1- *O prestador do serviço deve informar convenientemente a outra parte das condições em que o serviço é fornecido e prestar-lhe os esclarecimentos que se justifiquem, de acordo com as circunstâncias.*

No caso essa informação não foi prestada.

A este propósito não quero deixar de neste momento deixar vincada a ideia, que considero que o tribunal não está vinculado aos factos alegados pelas partes.

*No caso de não cumprimento das decisões* os consumidores terão que recorrer, como dissemos, à via judicial para executar. A nível do Centro prevê-se a cessação de utilização do símbolo distintivo quando o agente económico revogue a convenção, não respeite o compromisso nele assumido ou não cumpra voluntariamente a decisão arbitral transitada em julgado.

#### Passo a falar-vos mais concretamente sobre o CENTRO DE ARBITRAGEM DE COIMBRA

Foi criado 1992 inspirado no modelo do Centro de Lisboa que surgiu em 1989 como projecto piloto, com o apoio da Comissão Europeia, a Câmara Municipal de Lisboa, da Deco e o envolvimento do Ministério da Justiça e do Instituto do Consumidor.

Inicialmente o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Coimbra e Figueira da Foz possuía competências para a resolução de litígios de consumo ocorridos nos Municípios de Coimbra e Figueira da Foz.

A partir de 15 de Outubro de 1999 este Centro de Arbitragem passou a ter âmbito o Distrito de Coimbra fruto de um protocolo assinado

entre a Associação de Arbitragem de Conflitos de Consumo e os restantes municípios que compõem o distrito de Coimbra, com excepção do município da Pampilhosa da Serra.

Em 15 de Janeiro de 2003 a Associação de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra foi declarada entidade de interesse público.

A lei das autarquias impõe que elas sejam dotadas de centros de apoio ao consumidor. (CIACS). Neste momento no distrito de Coimbra apenas a Câmara da Figueira da Foz tem um CIAC, sendo que o de Coimbra está integrado no Centro de Arbitragem. As restantes autarquias têm pontos de contacto que estão em sintonia com os juristas do Centro de Coimbra para qualquer esclarecimento, sendo que se necessário quer os juristas quer o tribunal arbitral desloca-se à Câmara respectiva para prestar informação ou decidir qualquer litígio que surja na área.

Os consumidores podem apresentar a suas **reclamações** pessoalmente no Centro sendo atendidas por um jurista ou por carta, fax, correio electrónico. Podem também, e com alguma frequência o fazem, dirigir-se às Associações de Consumidores que por sua vez, após a realização de mediação e tentativa de conciliação ou para homologação ou para julgamento, as fazem chegar ao Centro.

A reclamações não estão sujeitas a qualquer forma especial embora se tente incentivar o sistema de formulário com o qual não concordo.

Passo a ler rapidamente duas reclamações para se apercebam da simplicidade que norteia todo o processo e do tipo de situações que são colocadas.

Adquiri uma blusa no dia 9.5.05 pelas 14h 10 pelo preço de 24,90 €.

Às 15 horas detectei um rasgão na blusa quando pretendia adquirir um top para fazer conjunto.

À loja não aceitou a reclamação afirmando que tinha passado o tecido a ferro e daí o rasgão.

Pretendo a devolução do dinheiro ou uma peça igual.

Fui lavar o meu carro no dia 14.7.04 na.... Quando o carro estava na linha de lavagem as máquinas avariaram e este ficou preso.

Mandaram recuar o carro, e ao fazê-lo o carro saltou e bateu numa coluna de metal, o que veio a danificar a porta do carro.

De imediato os funcionários disseram para pretender uma reclamação, o que fiz.

Posteriormente enviei uma carta com A/R, a solicitar o pagamento dos danos da minha viatura. Até à data, não tive qualquer resposta.

Pretendo a reparação da viatura a custas da entidade reclamada.

Recebidas as reclamações os juristas do centro entram em contacto com o agente económico reclamado ou o prestador de serviços com vista a uma conciliação.

Caso esta resulte será lavrada acta que, assinada pelas partes em litígio e pelo jurista que dirigiu a conciliação, será remetido para o juiz-árbitro para efeitos de homologação. Nos termos do art.º 9.º, n.º 1 nenhuma reclamação é sujeita a julgamento arbitral sem antes se procurar conciliar as partes.

O Tribunal arbitral é constituído por um único árbitro, um magistrado designado pelo Conselho Superior da Magistratura. Embora não seja assim em todos os Centros importa preservar o princípio da independência do organismo responsável pela tomada de decisões de forma a garantir a imparcialidade da sua acção de harmonia com a Recomendação de 30 de Março de 1998 da Comissão das Comunidades Europeias relativa aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo

Podemos assim terminar dizendo que a grande virtualidade dos Centros de Arbitragem reside no facto de serem um meio facilitador do acesso ao direito e à justiça, permitindo a resolução de conflitos que, na sua maioria, nunca chegariam a tribunal, em regra com prejuízo para o consumidor.

João Trindade

*Juiz Árbitro do Centro de Arbitragem  
de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra*

## BIBLIOGRAFIA

- A arbitragem institucional: um novo modelo de administração de justiça – o Caso dos Conflitos de Consumo – João Pedroso e Cristina Cruz
- O acesso ao Direito e á Justiça: um direito fundamental em questão – Boaventura de Sousa Santos, João Pedroso, Cristina Trincão e João Paulo Dias.
- Jurisprudência do Consumo – Uma primeira abordagem – J. Pegado Liz
- Estudos de Direito do Consumidor – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra



Doutrina





# LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

DOMINGO BELLO JANEIRO

Catedrático de Derecho Civil de la  
Universidad de A Coruña  
Director da Escola Galega de  
Administración Pública

1. Breve aproximación. 2. Desarrollo histórico 3. Características generales. 4. El servicio público. Funcionamiento normal. Funcionamiento anormal. 5. La lesión y el cálculo del daño. 6. Especial referencia a la unificación de la administración. 7. Competencia de los tribunales penales. 8. La acción de responsabilidad y el procedimiento administrativo de responsabilidad. 9. Conclusiones.

La responsabilidad es la posición de sujeto a cargo del cual la ley pone la consecuencia de reparar un hecho lesivo de un interés protegido. Esa responsabilidad puede ser contractual, cuando la obligación de resarcir se deriva del incumplimiento de un deber nacido de una relación jurídica singular, o extracontractual, originada entonces por la trasgresión del mandato general de no hacer daño a otro (*neminem laedere*).

La responsabilidad extracontractual – también llamada aquiliana, porque fue, en Roma, la Ley Aquiliana la que primero la sancionó – tiene en el Derecho Civil su origen y regulación matricial. Puede ser directa, o por hecho propio, o indirecta, por el hecho de personas o cosas sobre las que se tiene un deber de custodia o que se ha elegido para que actúen en provecho propio (artículos 1902 y 1903 del Código

civil), en cuyo caso se presume la culpa (*in vigilando* o *in eligendo*), elemento fundamental en la regulación privatista del instituto resarcitorio.

También el Derecho administrativo conoce el instituto resarcitorio siendo hoy principio generalizado en todos los ordenamientos el de la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños que ocasiona la actividad de los poderes públicos en el patrimonio de los ciudadanos. En estos Casos, como dice la Exposición de Motivos de la ley de Expropiación Forzosa de 1954 "cabe apreciar siempre el mismo fenómeno de lesión de un interés patrimonial privado, que, aún cuando resulte obligada por exigencias el interés o del orden público, no es justo que sea soportada a sus solas expensas por el titular del bien jurídico dañado".

El principio de la responsabilidad de la Administración está hoy consagrado al mayor nivel por el artículo 106 de la Constitución: "*los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por la lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*".

En cuanto al fundamento y originalidad de la Responsabilidad Administrativa, se basa en la sustitución de la noción de culpa por la de lesión, abriéndose paso a golpe legislativo, ante la incapacidad de nuestra jurisprudencia para crear una doctrina propia sobre la responsabilidad de la Administración y su rechazo a cimentar la responsabilidad administrativa sobre el Derecho Privado.

En el Derecho español, al contrario del Derecho italiano, fracasó totalmente la construcción de la responsabilidad administrativa sobre la regulación de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 ("*el que por acción u omisión causare daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a responder del daño causado*"). Ni siquiera se tuvo en cuenta que el artículo 1093, párrafo 5 admitía la responsabilidad indirecta del Estado "*cuando obra por mediación de agente especial*" porque no cuando el daño hubiere sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, el precepto remitía a la responsabilidad directa al decir que "*será aplicable - dice - lo dispuesto en el párrafo anterior*" (FERNANDEZ DE VELASCO, GARCÍA DE ENTERRÍA). Pero, inexplicablemente, la jurisprudencia y la

doctrina mayoritaria entendieron que el Estado sólo respondía indirectamente por hecho ajeno cuando actuaba, precisamente, por medio de un agente especial, supuesto en el que cabría entender se habría producido una *culpa in eligendo* pero no en el supuesto ordinario cuando actuaba a través de funcionarios.

Desde el Derecho civil, PANTALEÓN ha advertido que ha llegado la hora de abandonar esa cautivadora obra de imaginación jurídica que fue la construcción unitaria de la responsabilidad patrimonial de la Administración y del instituto de la expropiación forzosa sobre el concepto de lesión que no hay deber de soportar. Si la regla ubi emolumentum, ibi onus, es decir, que quien se beneficia de un trabajo debe soportar los riesgos que origina, debería conducir a que la responsabilidad sin culpa no alcanzase a las Administraciones Públicas y, en general, a todas aquellas actividades no guiadas por una finalidad lucrativa, no tiene sentido que esté ocurriendo justamente lo contrario, es decir, que por las actividades sin ánimo de lucro se responda más objetivamente que por las lucrativas. Es profundamente erróneo, a juicio de este autor, identificar a efectos de responsabilidad de la Administración “funcionamiento normal” y “funcionamiento anormal” de los servicios públicos, debiendo la primera conectarse estrictamente con el principio de igualdad ante las cargas públicas (deducible del art. 31.1 CE) y restringirse a los “daños cuasi expropiatorios o de sacrificio” entendiéndose por tanto aquellos que son producto indeseado, pero consecuencia inmediata o directa de actuaciones administrativas lícitas, de las que los daños aparecen como secuela connatural, como realización de un potencial dañoso intrínseco a la actuación administrativa en cuestión (daños a los “colindantes” a consecuencia de la reforma de vías públicas, indemnizaciones por alteración del planeamiento y por imposición de vinculaciones singulares previstas en el Texto Refundido de la Ley del Suelo, etc.).

## 1. Breve aproximación

No me gustaría ser especialmente extenso a la hora de exponer este acercamiento a la institución de la responsabilidad patrimonial de

la administración, me gustaría por el contrario desarrollar una exposición clara y concisa que permita a todos conocer mejor y de una manera más cercana la materia que vamos a articular.

Comenzaremos por su etiología básica y por su historia para ir poco a poco a través de la jurisprudencia moldeando lo que entendemos hoy, es decir, lo que se entiende hoy por responsabilidad de la administración tanto en sede jurisdiccional como en sede doctrinal.

La más importante de las normas que rigen el devenir de los comportamientos humanos es ya desde tiempos inmemoriales la máxima **no causar daño a los demás**. Incluso los juristas romanos la incluyeron entre los tres grandes postulados del comportamiento social, los conocidos como conceptos de Ulpiano, junto al vivir honesto y al dar a cada uno lo suyo.

La sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética y constituye una verdadera constante histórica. Esto es, el autor de un daño responde de él, o lo que sería lo mismo el autor de un daño está sujeto a responsabilidad. ¿Pero cómo traducimos, cómo se proyecta esta responsabilidad? Pues la responsabilidad se traduce en la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios causados a la víctima.

Sin embargo no todos los comportamientos que provocan daños tienen o se presentan con la misma fisonomía ni se enmarcan en idénticas realidades sociales. Muy al contrario, una sencilla reflexión, lo más alejada posible a todo tecnicismo jurídico nos permite la realización de una estructuración en dos grandes grupos, en dos conceptos básicos de actuaciones dañosas. Son los dos grandes tipos en que se divide siempre la responsabilidad en sede civil; de un lado, los que consisten en incumplir un pacto; de otro, los que se producen en el desarrollo de cualesquiera actividades humanas, pero al margen de toda relación jurídica previa entre dañador y víctima.

En el primer caso, el deber de indemnizar deriva de otro deber, el deber de cumplir, que ha sido infringido. Un contrato, por ejemplo, engendra obligaciones para todos o para algunos de los contratantes. Si uno de ellos incumple aquellas prestaciones que le corresponderían o las presta pero de forma defectuosa o extemporáneamente, quedará

obligado a indemnizar a los demás los daños y perjuicios que ocasionalmente les hubiera ocasionado. Hablamos evidentemente de la responsabilidad contractual.

En el segundo caso, la obligación de indemnizar surge por la sola producción del evento dañoso, porque una persona ha infringido las normas generales de respeto a los demás. Ejemplos hay interminables en nuestro día a día; el conductor que atropella a un paseante provocándole lesiones. O el empresario que causa daños a animales que pastan en terrenos colindantes con su fábrica como consecuencia de emanaciones de un gas tóxico. O incluso el que deja abierto por descuido el conducto del gas provocando una explosión con sus evidentes daños en todo los demás pisos del edificio. Esta infinidad de supuestos que estimularía la imaginación de cualquiera engendran la llamada, para diferenciarla de la otra, responsabilidad extracontractual, también denominada, en expresión tan poco clara como habitual, responsabilidad civil.

No han faltado voces en desacuerdo con esta distinción así en los años setenta y ochenta tanto RUBIO GARCÍA MINA como JORDANO FRAGA decían que esta diferencia se basa en condicionantes puramente históricos y que de lo que en ambos casos se trata es de reparar el daño que la conducta jurídica del obligado causó en el patrimonio ajeno, con independencia de las circunstancias que a ese daño rodearon y abogan por la construcción de una teoría unitaria de la responsabilidad.

Lo que es evidente es que aunque como construcción teórica y abstracta esta teoría es muy defendible lo que no cabe duda es que nuestra ley por ahora les atribuye un trato diferente al hecho de incumplir un pacto y al de ocasionar un daño al margen de una relación jurídica previa. ¿Cual es la consecuencia más importante de esta distinción? Pues tenemos que irnos a la institución de la prescripción extintiva, donde se establece que las acciones derivadas de los contratos prescriben a los quince años mientras que la acción nacida del daño extracontractual prescribe por el transcurso de un año.

El bilbaíno experto en la materia profesor RICARDO DE ÁNGEL establece que son muy abundantes los casos que llamaríamos puros, es decir, aquellos en los que para llevar a cabo la calificación bastaría con determinar la existencia o inexistencia de relación jurídica previa entre

dañador y víctima. Pero no faltan los supuesto en que esta diferenciación no es tan sencilla. Así el famoso caso británico que trae a colación DE CASTRO en el que una damisela invitada en una cervecería; al beber en un vaso de color oscuro advierte horrorizada que se ha tragado los restos descompuestos de un gran caracol. La mujer enferma a causa de ello reclama la indemnización. Aquí no es nada fácil decidir de qué clase será la consecuente indemnización. ¿Cómo decidimos de qué clase será esta? Por un lado la dama estaba invitada. Por otro el dueño de la cervecería a no puede saber lo que contenía la botella que era oscura. La fábrica no había contratado con la señora ni con su acompañante. **Y me gustaría añadir a mí; ¿qué ocurriría si esta cervecería fuera un ente público? ¿Qué ocurriría si fuera la propia Administración la que causa el daño?** Entramos así de lleno en una nueva variante de la responsabilidad. La responsabilidad de la Administración.

## 2. Desarrollo histórico

La Administración con su actuación, en uso de sus prerrogativas y facultades, en no pocas ocasiones produce lesiones en el patrimonio de los particulares y en muchas ocasiones por el desempeño simplemente de sus funciones, bien de una manera legal, bien ilegalmente. Es evidente que hoy en día hay en nuestra legislación administrativa un reconocimiento absoluto y pleno de lo que sería la antes mencionada responsabilidad extracontractual, mecanismo que nos permite exigir de la misma la indemnización de los daños y perjuicios que ocasiona la actividad de los poderes públicos en nuestro patrimonio. Pero la pregunta que nos hacemos es la siguiente; ¿ha sido siempre así? ¿hemos admitido siempre esta institución?. Como reconoce el profesor Parada; la responsabilidad patrimonial de los entes públicos ha sido admitida muy recientemente, y este rechazo al reconocimiento de la misma venía precisamente dado por la tradicional inconciliabilidad de conceptos tales como la soberanía y la responsabilidad; lo que fundamentaba la teoría de la infalibilidad del ejecutivo real a través de la expresión anglosajona *the King can do not wrong*, principio que se mantuvo hasta el siglo XIX.

Es evidente por lo tanto que el paso de esta negación de la responsabilidad patrimonial de la administración al reconocimiento pleno que configura nuestro sistema (hoy incluso de manera más extensa y extensiva que en el derecho privado) ha tenido que discurrir a través de diferentes vicisitudes y evoluciones que han sido completamente diferentes en los diferentes ordenamientos europeos. El Derecho inglés por ejemplo, al igual que el nuestro, necesitó de normativa específica para la configuración de esta institución; así en 1947 es cuando a través de la Crown Proceeding Act de 1947 se sujetó a la Corona a la misma responsabilidad que si se tratara de una persona privada. En Francia la evolución fue completamente diferente y se produjo por el devenir elaboradísimo y completísimo de su jurisprudencia. El caso italiano es reflejo de la personalidad del mismo, una solución práctica y rápida como es el sometimiento de la Administración a las normas civiles existentes y concretamente al Código Civil.

¿Y el caso español? ¿cómo ha sido nuestra evolución? Que duda cabe del fracaso que supuso aquel primer intento, semejante al italiano, de intentar someter a la administración a la regulación de los artículos 1902 y siguientes. Y eso que estaba a priori perfectamente regulado en la antigua redacción del artículo 1903 párrafo quinto que decía y cito *“el Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior”*. No planteaba en principio ningún problema la aplicación de este artículo pero el desarrollo y explicación jurisprudencial del mismo supuso una restricción y una comprensión del mismo en términos excesivamente restrictivos. Entendió nuestro Tribunal Supremo en la época, en una intención hermeneútica que abarcaba también al antiguo artículo 1902 que: cuando el daño era producido o la lesión causada por el funcionario, respondería directamente el propio funcionario, con lo que nos encontraríamos ante una responsabilidad de carácter personal no siendo posible de ninguna manera el exigir responsabilidad directa del Estado en estos casos. ¿Cuándo respondería entonces el Estado? Pues únicamente cuando el daño lo produzca un tercero con mandato especial de la administración, ¿y cuándo actúa un tercero con mandato especial?



Pues en la práctica nunca; por lo que esta interpretación del supremo lo que supuso fue la inaplicación de estos preceptos para exigir una responsabilidad patrimonial al Estado; que se mantenía efectivamente irresponsable. La responsabilidad administrativa en nuestra legislación se configuró a través de la legislación; una auténtica producción de carácter histórico legislativo.

En resumen la consagración del principio de responsabilidad de las Administraciones públicas en nuestro ordenamiento jurídico ha tenido lugar, como se sabe, a través de una evolución legislativa iniciada desde hace relativamente poco tiempo, potenciada fundamentalmente por la labor doctrinal y jurisprudencial.

Como señalaron F. Garrido Falla<sup>1</sup> y J. González Pérez<sup>2</sup>, el Derecho español, al igual que otros ordenamientos jurídicos, parte originariamente de una situación en la que contrasta la satisfactoria protección formal a través del cauce de la expropiación forzosa que se contiene en la Ley de 10 de enero de 1879, con la falta de garantías específicas frente a cualesquiera otras actuaciones de la Administración que produjesen daños a los particulares<sup>3</sup>.

Por tanto, en aquella situación de fines del siglo XIX, podría afirmarse que la única normativa aplicable al respecto era la constituida por el Código Civil, cuyo artículo 1902 consagra el principio general de que toda persona responde de los daños que «por acción u omisión» cause a otro «interviniendo culpa o negligencia», sentando a continuación el artículo siguiente que esta responsabilidad «es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder», tras lo cual, en la redacción vigente hasta la reforma operada por Ley 1/1991, de 7 de enero, de este último

---

<sup>1</sup> F. Garrido Falla, "Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado", en *Estudios en homenaje al Profesor E. García de Enterría*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, páginas 2827 y siguientes.

<sup>2</sup> J. González Pérez, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, páginas 39 y 40.

<sup>3</sup> Igualmente, L. Martín Rebollo, "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica", *Documentación Administrativa*, número 237-238, páginas 11 y siguientes.

artículo 1903, se especificaba que «El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un *agente especial*; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior».

Ahora bien, la realidad es que en el derecho español, como veremos más detenidamente a continuación, la construcción de la responsabilidad – civil extracontractual – de la Administración por los daños originados en el patrimonio de los ciudadanos a consecuencia de la actividad de los poderes públicos, ha terminado siendo totalmente ajena a las pautas consagradas en el Derecho Civil fundamentada, como se ha visto, en la culpa o negligencia y, en su caso, en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, que, por lo demás, constituyen el origen de dicha responsabilidad aquiliana, que trae causa de la vulneración del principio general *neminem laedere*.

Incluso, las últimas disposiciones legales en la materia coinciden en reforzar más si cabe el alejamiento de la regulación de la responsabilidad – civil extracontractual – de la Administración precisamente de la esfera civil de suerte que la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa<sup>4</sup>, amplía el ámbito de

---

<sup>4</sup> La nueva Ley 29/98, que conlleva la derogación total de la anterior Ley de 27 de diciembre de 1956 (Disposición Derogatoria segunda), incorpora importantes novedades, fruto de la experiencia acumulada, las necesidades sociales y la nefasta situación en la que se encontraban los Tribunales de la Jurisdicción, pero, al tiempo, como señala J.M. Piñeiro Amigo – *El Procedimiento: Procedimiento en primera o única instancia*, ponencia presentada en el curso de verano sobre «*A nova Lei da xurisdicción contencioso-administrativa*» organizado por la Escola Galega de Administración Pública (Sada, 27 y 28 de julio de 1998) –, «es respetuosa al máximo con su predecesora, de la que conserva e incorpora todo aquello que resulta compatible con su filosofía y no discrepa del fin que se persigue». Así, como su propia Exposición de Motivos indica (apartado VI.1), no nos hallamos ante una ruptura respecto de los principios que inspiraron la reforma de 1956, que, en opinión del legislador, continúan siendo válidos, sino ante una profundización en estas garantías y una generalización del control judicial de la actividad administrativa, tal y como estipulan los artículos 103 y 106 de la Constitución Española.

dicha jurisdicción contencioso-administrativa, traspasándose a la misma todas las competencias para entender de la responsabilidad patrimonial de la Administración, excepto las derivadas de delito y la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>5</sup>, entre otras novedades, unifica el sistema de responsabilidad para las actuaciones en régimen de derecho público o privado y elimina la mención de la responsabilidad civil del personal, derogando la Ley de 5 de abril de 1904 y el Real Decreto de 23 de septiembre de 1904, relativos a la responsabilidad – civil – de los funcionarios públicos<sup>6</sup>.

En cuanto a la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en dicha Ley 30/1992 se establece, en términos similares a los contemplados en los antiguos artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquélla

---

<sup>5</sup> La Ley 4/1999 optó, en vez de por un Texto Refundido, por una modificación parcial de la Ley 30/1992. De entre estas modificaciones, el núcleo básico de la nueva regulación se centra en el silencio administrativo, los efectos de la falta de resolución expresa en plazo, en la supresión de la revisión de oficio de los actos anulables, en la restauración del recurso de reposición como recurso ordinario al lado del de alzada pero con carácter potestativo y en la profundización en el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Asimismo, la Ley ha aprovechado también la ocasión legislativa para perfilar otros apartados, algunos con evidente trascendencia y significación, según se verá en el texto posteriormente.

<sup>6</sup> Esta nueva Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en sus artículos 140, 141, 144, 145, 146 y su Disposición Adicional Undécima, hace referencia expresamente al tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. En cuanto al comentario de los referidos preceptos y Disposición Adicional, me remito, por lo clarificador del mismo, a *Comentarios a la reforma del Procedimiento Administrativo (Análisis de la Ley 4/1999)*, P. Sala Sánchez (coordinador), P. Font de Mora Sainz, M. García Cobaleda, E. López Álvarez, P. Sala Atienza e I. Salvo Tambo (autores), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, páginas 569-636.

lesión sea consecuencia del *funcionamiento normal o anormal* de los servicios públicos<sup>7</sup> y se trate de un daño que cumpla con los tres requisitos de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas<sup>8</sup>.

Otra cosa resulta en lo que atañe a la acción de regreso de la Administración contra sus autoridades y empleados, en cuya hipótesis el artículo 145.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, mantiene que «la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa

---

<sup>7</sup> Aunque tradicionalmente se ha distinguido entre los supuestos de indemnización que tienen su origen en actividad lícita de aquellos otros que derivan de actos ilícitos, reservándose la noción de responsabilidad para estos últimos (así, entre otros, F. Garrido Falla, desde su trabajo "La teoría de la indemnización en Derecho público", en *Estudios en honor del Profesor Gascón y Marín*, Madrid, 1952, páginas 411 y siguientes, hasta su *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas*, 2.ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1995, páginas 341 y siguientes, y en *Constitucionalización de la responsabilidad...*, *cit.*, páginas 2846 y siguientes), sin embargo, y tal y como puso de relieve J. González Pérez, en *Responsabilidad patrimonial...*, *cit.*, páginas 127-128, siguiendo a E. García de Enterría, "Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa", *Anuario de Derecho Civil*, 1995, página 1125, la teoría general de la responsabilidad administrativa parece contar con un hito firme en la doctrina, y es posible encontrar un fundamento común: la idea de lesión. La lesión constituye un perjuicio antijurídico, no por la forma de producirse el perjuicio, sino en sí misma, porque el titular del bien o derecho «no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud».

<sup>8</sup> Estos tres requisitos ya eran exigidos por la jurisprudencia con anterioridad a la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Así, entre otras, podrían citarse por su interés las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1982 (Sala 3.ª; ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Roldán Martínez; Repertorio Aranzadi: 536), para los daños causados a una empresa consignataria de mercancías por la negativa a trabajar de los encargados de las grúas del puerto; o la de 7 de febrero de 1981 (Sala 4.ª; ponente: Excmo. Sr. D. Félix Fernández Tejedor; Repertorio Aranzadi: 583), para un supuesto de la declaración de nulidad de un acto administrativo.

o negligencia graves, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca»<sup>9</sup>.

En cualquier caso, ante esta regulación de la acción de regreso, es de resaltar, con R. Parada Vázquez<sup>10</sup>, que las modalidades de la responsabilidad patrimonial administrativa de los funcionarios son más blandas que las de la civil, puesto que en esta última la condena a que se refiere la acción pareja de regreso del artículo 1904 se produce cuando interviene «culpa o negligencia» (artículo 1902 del Código Civil), bastando, pues, con cualquier grado de negligencia, mientras que la administrativa es más exigente y favorable al funcionario porque se exige la concurrencia de dolo o que la culpa o negligencia sea «grave».

En resumen, al margen de esta cuestión de la acción de regreso, la realidad es que la regulación de la materia de responsabilidad extracontractual de la Administración ha evolucionado desde el principio de la irresponsabilidad del Estado propio de los postulados de la soberanía absoluta y, después, el de responsabilidad civil basado en la culpa o negligencia consagrado en el Código Civil hasta culminar en el sistema actual de responsabilidad objetiva y directa absolutamente ajeno a la regulación de la responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil<sup>11</sup>, que es el régimen jurídico de responsabilidad

---

<sup>9</sup> La expresión «exigirá de oficio» es la modificación introducida en este artículo por la Ley 4/1999 con respecto a la Ley 30/1992. Asimismo, con parecida orientación respecto de la responsabilidad, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, en su artículo 43 establecía que «los particulares podrán también exigir a las autoridades y funcionarios civiles, cualquiera que sea su clase y categoría, el resarcimiento de los daños y perjuicios por *culpa o negligencia graves* en el ejercicio de sus cargos».

<sup>10</sup> R. Parada Vázquez, «Responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y personal», ponencia presentada en las «Xornadas sobre a Lei 4/1999, de modificación da Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común» (Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 17 y 18 de marzo de 1999), publicada en este mismo volumen.

<sup>11</sup> La responsabilidad de la Administración en nuestro sistema de responsabilidad administrativo es una responsabilidad directa y objetiva, fundamentada en un principio de garantía patrimonial de la víctima y que funciona totalmente desvinculada de la idea

de la Administración más protector del «administrado» de nuestro entorno europeo<sup>12</sup>.

Por lo tanto la correcta comprensión del instituto de la responsabilidad administrativa exige analizar, si quiera someramente, la evolución legislativa de la misma. La Constitución republicana de 1931, cuyo artículo 41 admitió el principio de responsabilidad subsidiaria de la administración, pero cuya aplicación práctica, ante la falta de desarrollo de la misma y los avatares políticos sufridos, fue inoperante.

El Texto Refundido de régimen Local de 24 de junio de 1955, que admitió en sus artículos 405 y 406 la responsabilidad directa o subsidiaria de las entidades Locales por daños causados a los particulares, según derivaran del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la Entidad Local, sin culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus autoridades, funcionarios o agentes o según fueren causados por culpa o negligencia grave imputables a los anteriores en el ejercicio de su cargo. Este avance únicamente se circunscribía a la esfera local y por lo tanto no al resto de la Administración.

---

subjetiva de culpa. Solamente el deber jurídico del perjudicado de soportar el daño o la fuerza mayor eximen a la Administración Pública de responsabilidad.

Así, como con acierto señala F. Martín González ("La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios públicos", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, VIII, 1994), se trata de una responsabilidad directa de la Administración, no de una responsabilidad subsidiaria por los daños causados por los actos de los funcionarios públicos y agentes, y, en todo caso, de una responsabilidad que prescinde del elemento tradicional de la ilicitud y de la culpa.

<sup>12</sup> En este sentido, E. García de Enterría, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, 2.ª edición facsímil, 1984 y *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, 1993; F. Garrido Falla, en *Tratado de Derecho Administrativo II*, Madrid, 1985; o F. Pantaleón Prieto, "Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas", *Documentación Administrativa* número 237-238, enero-junio 1994, donde puede verse que nuestro régimen también resulta excepcional por lo que atañe a la jurisdicción, pues en los Derechos alemán e italiano es la civil la jurisdicción competente en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración, y así sucede también en el modelo francés, cuando se trata de accidentes de circulación en que se ve involucrado un vehículo público.

Tenemos que mencionar también la Ley de Expropiación Forzosa que consagró con carácter general la responsabilidad patrimonial de la Administración, al disponer en su artículo 121.1 que “dará también lugar a la indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”. Con este artículo se consagra ya el principio de responsabilidad objetiva de la Administración, al margen de que exista culpa o no en los funcionarios o autoridades actuantes, con gran amplitud, al admitirse que el daño provenga del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos e, incluso, de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa. Y se consagra además en relación con todo tipo de Administraciones públicas, dado el carácter general de esta LEF. Pero como acabamos de ver este artículo limita las lesiones a los bienes y derechos a que la ley se refiere, es decir, sólo aquellos que sean susceptibles de expropiación. Ante esta limitación, que por vía reglamentaria se intento corregir (a través del artículo 133 del reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa de 26 de Abril de 1957), se intentó corregir al suprimir esta mención y supeditar sólo la responsabilidad a que los daños “sean susceptibles de ser evaluados económicamente”, fue la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Texto refundido de 26 de Julio de 1957 la que vino a determinar general y completamente este principio de responsabilidad patrimonial de la Administración en su título IV artículos 40 y siguientes, aplicables supletoriamente al resto de Administraciones Públicas.

Y hoy esta regulación está superada la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que dedica su Título X a tratar “De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio”, artículos 139 a 146 constituyendo la normativa básica de desarrollo tributaria del artículo 149.1.18, y la de jurisdicción contencioso-administrativa.

En definitiva, la responsabilidad patrimonial se erige hoy como uno de los pilares fundamentales sobre los que descansa el Estado de Derecho. Se ha pasado de considerar la presunción de licitud de los actos estatales por el mero hecho de provenir de las Instituciones del Estado, a reconocer que, como en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, el que causa daño a otro está obligado a reparar el daño causado.

Tal principio se ha consagrado en el ordenamiento jurídico español, tal como viene reconocido, de forma genérica en la Constitución, que en su artículo 9.3 garantiza junto a los tradicionales principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de normas, seguridad jurídica, etc. Y, la responsabilidad de los poderes públicos, indispensable en un Estado de Derecho en que España quedó constituida como se desprende del artículo 1 del propio texto constitucional.

Cuando la Constitución, en su artículo 9.3 proclama el principio de responsabilidad de los "poderes públicos", por éstos hay que entender, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, a todos aquellos entes que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado.

Por tanto, por poderes públicos hay que entender, a efectos de la responsabilidad patrimonial, a los entes territoriales con capacidad normativa o con facultades ejecutivas, esto es, el Estado, concebido en sentido estricto, las Comunidades autónomas, las Provincias y los Municipios. Y también a la llamada Administración Institucional como, por ejemplo, las Universidades.

La concreción de tal responsabilidad la encontramos en el artículo 106.2 de la Constitución Española, que reconoce el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por la Administración pública correspondiente por toda lesión sufrida en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión fuera consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

El citado precepto, además de constitucionalizar la responsabilidad de las Administraciones públicas españolas, generaliza la misma para todos los supuestos – salvo el de fuerza mayor –, en que la lesión sea sufrida por el particular, en cualquiera de sus bienes o derechos, siempre que aquélla sea consecuencia de dicho funcionamiento de los servicios públicos, sin aludir al carácter normal o anormal del mismo.



Mas el precepto constitucional garantiza tal derecho, en “los términos establecidos en la ley”, que no son otros que los dispuestos en el artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 16 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Al interpretar estas normas, el Tribunal Supremo ha establecido que para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos es necesario que concurren los siguientes requisitos o presupuestos:

- 1) Existencia de una lesión o daño en cualquiera de los bienes o derechos del particular afectado,
- 2) Imputación a la Administración de los actos necesariamente productores de la lesión o daño,
- 3) Relación de causalidad entre el hecho imputable a la Administración y la lesión, daño o perjuicio producido,
- 4) Que el daño alegado por los particulares sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas,
- 5) Que no concorra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad, y
- 6) Que la acción de la responsabilidad indemnizatoria sea ejercitada dentro del plazo de un año, contado a partir del hecho que motiva la indemnización.

### **3. Características generales**

Actualmente, por lo tanto está absolutamente arraigado el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración, en base a los conocidos preceptos constitucionales como son el artículo 9.3 y sobre todo el artículo 106.2. Además de evidentemente la regulación contenida en el artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992; dicha regulación es tributaria de la reserva competencial del artículo 149.18.

En este contexto, me gustaría resaltar la Sentencia de 4 de Enero de 1991 de la Sala Tercera, Sección 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo que

admite el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida en el que se manifiesta que y cito” el artículo 106.2 de la Constitución ha constitucionalizado los resultados ya alcanzados, a nivel de Ley Ordinaria por nuestro derecho positivo (artículo 121 de la Ley de Expropiación forzosa y artículo 40 de la LRJAE) que consagran la responsabilidad de los entes administrativos y su obligación de indemnizar a los particulares por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal o el no funcionamiento de los servicios públicos, habiendo hecho aplicación muy reiterada de estos principios la jurisprudencia...”, “...exigiendo que para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración concorra una relación inmediata de causa a efecto entre el acto u omisión de la Administración y el daño que su acción u omisión ha producido a los particulares, tratándose de una responsabilidad objetiva que no requiere más requisitos que la relación de causalidad entre el acto y el daño. Aquella legislación es aplicable a todas las Administraciones públicas, al ser competencia exclusiva del Estado, el sistema de su responsabilidad, a tenor del artículo 149.1.18.

*En síntesis*, y siguiendo ahora el Fundamentote Derecho Segundo de esta Sentencia del Tribunal Supremo, los pilares fundamentales de la doctrina de la responsabilidad son los siguientes:

- 1 – La legislación ha estatuido una cobertura patrimonial de toda clase de daños que los administrados sufran en sus bienes a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, fórmula que abarca la total actividad administrativa.
- 2 – Servicio público se consagra e erige como un equivalente de actividad administrativa, y para su correcta adjetivación hay que estar, más que a una específica tipificación de las formas en que suele presentarse, al conjunto que abarca todo el tráfico ordinario de la Administración.
- 3 – Siempre que se produzca un daño en el patrimonio de un particular, sin que éste venga obligado a soportarlo en virtud de disposición legal o vínculo jurídico, hay que entender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Adminis-

tración, si se cumplen los requisitos exigibles para ello, siendo totalmente irrelevante para la imputación de los mismos a la Administración que ésta haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa, o en forma de mera actividad material o en omisión de una obligación legal.

- 4 – No serán indemnizables los daños ocasionados en los casos de fuerza mayor; entendidos estos como los derivados de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

Un Auto del Tribunal Supremo (Sala de Conflictos de Competencia) de 4 abril de 2001, acoge el criterio de unificación jurisdiccional, en su fundamento de derecho segundo:

*“En realidad, la unidad procedimental, jurisdiccional y de régimen jurídico a que se viene haciendo referencia, no es otra cosa que una consecuencia lógica del sistema único, directo y objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene por causa el funcionamiento de los servicios públicos; cláusula esta que engloba cualquier tipo de actuaciones extracontractuales de aquélla, y que, de acuerdo con la tradición legislativa española, arranca de la Ley de Expropiación Forzosa (RCL 1954/1848 y NDL 12531) – art. 121 –, se reitera por la LRJAE – art. 40 –, y se reconoce, en los arts. 106.2 y 149.1.18ª de la Constitución (RCL 1978/2836 y ApNDL 2875), al mantener, este último, como competencia exclusiva del Estado la legislación sobre el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas.*

*Una vez derogado el art. 41 de la LRJAE –que, quebraba el principio de unidad jurisdiccional y permitía la actuación de la jurisdicción civil y social cuando la administración, en la materia que nos ocupa, actuaba en relaciones de derecho privado –, y*

*nacido un único sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, por la nueva Ley 30/1992 (RCL 1992/2512, 2775 y RCL 1993,246), resulta difícil sostener, sin un específico precepto que así lo establezca, que en materia de relaciones propias de la Seguridad Social y de daños causados en prestaciones sanitarias, la responsabilidad patrimonial de las instituciones propia y vinculadas a la Administración del Estado y, por tanto, administraciones públicas a los efectos de la Ley – art. 2º.2 –, sea inexistente y quede diluida en la acción protectora del sistema de seguridad social (...)*

*Por todo ello, resulta lógico que la regulación unificadora, en los aspectos procedimental y jurisdiccional, arbitrada por la Ley 30/1992 en punto a la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, es aplicable a la que pueda exigirse a las entidades, servicios y organismos de la mencionada Seguridad Social por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la asistencia sanitaria.”*

No estaría de más añadir ahora aunque fuese someramente otra característica básica de este tipo de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas es cuándo éstas actúan a través de relaciones privadas, de Derecho Privado; es decir como un particular y no como una Administración, en este caso la legislación ordinaria es muy clara, ya conocemos el artículo 144 de la Ley 30/1992, “responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y ss.”

Dejando un poco de lado esta sentencia del tribunal Supremo me gustaría, desarrollar de manera más concisa y descriptiva otro conjunto de características del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. Así podemos decir que se trata de un *sistema unitario*, esto es, que cubre y se aplica en todas las Administraciones Públicas como se desprende de los artículos 139 y ss. Esta unidad se puede justificar también por ese carácter básico que tiene la ley 30/1992. En

definitiva, tanto la Administración general como la autonómica o la local se someten plenamente a ese sistema de responsabilidad de las administraciones, sin olvidar evidentemente. En la misma línea entendemos también como característica de esta responsabilidad su *alcance general*, esto es, que abarca y se extiende a toda actuación administrativa. O lo que es lo mismo, todos los actos presuntos, expresos, inactividades y actuaciones de hecho, en definitiva cualquier actuación de la administración. Podemos recordar en estos momentos la afortunada modificación que se produjo con la ley 29/1998 al producir la misma la sustitución del término acto por el término actuación; un concepto mucho más amplio que incluye también la actividad prestacional y la actividad negocial de la administración.

Podemos destacar también que el nuevo sistema impide a los interesados optar entre una reclamación a los funcionarios, autoridades, o personal al servicio de la Administración; y una reclamación ante la misma Administración; únicamente hoy está permitida la *reclamación directa* a la administración, así se consagra en el artículo 145.1 Ley 30/1992 que supera las anteriores previsiones que se proponían en el artículo 135 de la Ley de expropiación forzosa y la antigua LPC en su artículo 42 que proponía a estos funcionarios y personal mencionado como responsables subsidiarios.

Ya hablamos antes de ese carácter de responsabilidad objetiva, la Administración responde por el daño causado, y no se complica y ni atiende a las causas, motivos y otras situaciones subjetivas que hubiesen podido impulsar el iter voluntatis, responde la administración por el funcionamiento anormal y por el funcionamiento normal de sus órganos y servicios.

#### **4. El servicio público. Funcionamiento normal. Funcionamiento anormal**

##### **SERVICIO PÚBLICO**

¿Por qué nos centramos en la institución de los servicios públicos en materia de responsabilidad patrimonial de la administración? La

respuesta es sencilla, porque tanto la Constitución como la legislación de desarrollo en esta materia los configura como auténticos título de imputación. Se menciona en todo momento y se remite a lo largo de las diferentes normativas al «funcionamiento de los servicios públicos» por lo que vamos a continuación a intentar discernir lo que se entiende, en materia de responsabilidad de la administración, por servicios públicos. En primer lugar mencionar que la mayoría de la doctrina y también de la jurisprudencia somete dicha figura a un análisis eminentemente amplio y laxo llegando a convertirlo en ocasiones en auténtico sinónimo de actividad administrativa como hace el propio Tribunal Supremo<sup>13</sup>. El servicio público como la total actuación administrativa o el total giro administrativo. Esta extensión a todos los ámbitos de la actuación administrativa incluye las acciones y las omisiones. Las omisiones de la Administración a su vez pueden ser consecuencia de un simple retraso o de una omisión e inactividad total. Ha planteado la jurisprudencia ciertos conflictos centrados en la figura del retraso administrativo y su inclusión o no en supuestos indemnizatorios. La inmensa mayoría de soluciones que se aportan abogan por la no sumisión de estos supuestos a las norma de responsabilidad de la administración porque existen ya los cauces adecuados para solventar y depurar estas responsabilidades; y estos cauces son tanto el derecho de queja como los múltiples supuestos en que dicho retraso burocrático es imputable al propio administrado. Podemos rescatar aquí la Sentencia de 10 de junio de 1983 como una rara avis en la que se consideraron indemnizables los daños causados por un retraso injustificado en la resolución de un recurso de alzada contra una sanción que imponía la privación de un carné profesional para realizar una actividad laboral.

Otro apartado dentro del servicio público requiere su actividad estrictamente material y estrictamente jurídica. En lo que se refiere a la actividad estrictamente jurídica, es decir, la emanación por parte de los órganos administrativos competentes de los actos administrativos y de los reglamentos oportunos. La pregunta que deberíamos hacernos es la siguiente: ¿tendríamos los interesados derecho a una indemnización

---

<sup>13</sup> Vid. STS 4 de Enero 1991, STS 8 de Febrero 1991.

por estas actuaciones jurídicas de la administración?. Por ejemplo podemos pedir indemnización por una multa (que es un acto administrativo que nos perjudica); evidentemente la respuesta sería negativa, la multa es un simple acto sancionador que se debe pagar y nunca sería un título habilitante para exigir una indemnización. Pero, ¿y si el acto administrativo (o el reglamento) que nos perjudica después se anula? Parece que aquí una primera impresión nos llevaría a asegurar la posibilidad de exigir responsabilidad. Sin embargo nuestro ordenamiento impedía de plano y rechazaba el reconocimiento de responsabilidad en estos casos en base al artículo 40 de la LJ de 1956<sup>14</sup>. Hoy en día esa primera impresión que mencionábamos se articula, si bien ligeramente limitada, en la Ley 30/1992. La regulación actual se desarrolla en el confuso artículo 142.4 Ley 30/1992: «La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o derecho impugnado lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva...». No cabe duda sobre la confusa, oscura y casi contradictoria redacción del artículo. Lo podemos entender a través de una exégesis con ánimo simplificador de la siguiente manera; como norma general la anulación en vía administrativa o judicial de un acto administrativo o de un reglamento no presupone derecho a la indemnización, para que surja este derecho será imprescindible que el acto o reglamento anulado haya producido efectivas lesiones durante su vigencia.

Siguiendo con el análisis del servicio público otro punto que en ocasiones ha planteado dudas y conflictos es el del ámbito personal de la actividad desarrollada por la administración. Ya vimos la regulación inicial de la responsabilidad de la Administración que en aquel artículo 1903 del CC mencionaba a los agentes especiales. La ley 30/1992 resuelve estas cuestiones con una solución que podemos considerar eminentemente amplia. ¿Qué quiere decir esto? Pues que generarán

---

<sup>14</sup> Art. 40 LJ 1956: «La simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales de resoluciones administrativas no presupone por sí sola o derecho a indemnización»

responsabilidad administrativa las actuaciones llevadas a cabo por funcionarios en sentido estricto, pero también las diferentes autoridades, empleados o contratados de la Administración, y en definitiva cualquier agente de la Administración, cualquier persona que con diversos títulos se inserta en la organización administrativa aunque desempeñe sus funciones o actividades de modo ocasional. Así lo pone de manifiesto el Capítulo II Título X de la Ley 30/1992 que responde al título «Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas». En esta materia es imprescindible incluir dos excepciones, dos situaciones en que lo antes mencionado no generará responsabilidad de la Administración. Serían por un lado los llamados «profesionales oficiales» (notarios, registradores de la propiedad y mercantil). Este colectivo responderá a título personal en base a lo regulado y ordenado en sus respectivos estatutos orgánicos. Otra exclusión son los concesionarios de servicios públicos, es decir no responderá la Administración por los daños ocasionados a terceros por parte del concesionario. No olvidemos aquí la legislación sobre expropiación forzosa que incluye una excepción a la excepción en su artículo 121.2 LEF, esta solución es semejante a la establecida en el correspondiente artículo 162 c) Ley 30/1992. En la legislación de LEF se establece que responde el concesionario «salvo que el daño tenga su origen en una cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento por éste». El artículo 162 c) Ley 30/1992 establece el deber al concesionario de indemnizar «los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración»

## FUNCIONAMIENTO NORMAL Y ANORMAL

A la hora de definir el servicio público funcionando de una manera anormal lo caracteriza con arreglo a tres suposiciones que englobarían toda esta actuación anormal. En primer lugar; cuando en la prestación del mismo el propio causante del daño ha actuado ilícitamente incurriendo en culpa o dolo. En segundo lugar; cuando el personal al



servicio de la Administración ha llevado a cabo una conducta ilegal, finalmente, cuando el servicio se haya prestado con omisión de los niveles o estándares mínimos de calidad propios de la actividad desempeñada.

En definitiva que un servicio público funciona anómalamente no sólo si se presta en contravención de una norma jurídica sino también cuando se vulneren las reglas técnicas aplicables a la actividad material de que se trate. Ejemplo típico es el derecho a ser indemnizados por los daños sufridos en sus vehículos como consecuencia del mal estado de las carreteras debido a la falta del adecuado mantenimiento de las mismas<sup>15</sup>.

En la jurisprudencia francesa se distingue entre los casos en los que el daño es atribuible a la Administración, lo que sería falta de servicio; y los casos en los que el daño se produce por una falta personal del funcionario; lo que llaman comportamientos funcionariales de especial gravedad. En nuestro Derecho, como sabemos, la imputación en todo caso se produce a la Administración, sin distinción. Cuando la autoridad o funcionario actúa con dolo, culpa o negligencia grave; la acción de responsabilidad se dirige contra la Administración en la que éstos se insertan, debiendo aquélla abonar la indemnización. Después podrá ejercitar la acción de regreso contra el agente causante del daño. ¿Y cuándo el agente (el funcionario) comete un delito doloso o culposo?. La solución es del artículo 121 CP<sup>16</sup>.

En cuanto el funcionamiento normal como causa de imputación es muy sistemático el profesor VILLAR EZCURRA que entiende que se comprenden en el término funcionamiento normal los siguiente:

---

<sup>15</sup> Vid. STS 28 enero 1972 y 8 de febrero 1973.

<sup>16</sup> Artículo 121 CP "El Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, la isla, el Municipio y demás Entes Públicos responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos y culposos cuando éstos sean autoridades, agentes, contratados o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria"

- Imputación por riesgo; derivado de actuaciones materiales de la Administraciones (ej: herido por pelota de goma en una manifestación disuelta por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad)
- Ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, derivada bien de una actividad material bien de una actividad jurídica que implica que una persona o grupo de personas sufran en mayor medida que la colectividad la actividad administrativa, haciendo recaer sobre ellos de forma desproporcionado el coste del avance social (ej: obras en la vía pública que determinan la aparición de grietas en un edificio)
- Enriquecimiento sin causa de la Administración, que pretende los casos en que el daño sufrido por una persona o grupo de personas implica un beneficio para la Administración o la evitación de un perjuicio para la misma. (ej: muerte de un voluntario en la extinción de un incendio).

Cuando se produce un daño, éste ha de ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, es decir, cualquier actuación administrativa *potencialmente* dañosa como señala numerosa jurisprudencia.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección Sexta de 22 de octubre de 2004, en relación al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en este caso de un centro penitenciario, establece en el fundamento de derecho tercero:

*"(...) la jurisprudencia es constante en exigir la presencia de algún elemento de anormalidad en el servicio penitenciario suficiente para establecer un nexo de causalidad entre la omisión administrativa y el fallecimiento, y determinar con ello el carácter antijurídico del daño producido a pesar de haber intervenido terceras personas en su producción (sentencias de 13 de junio de 1995, 25 de enero de 1997, 5 de noviembre de 1997, 26 de abril de 1997, entre otras).*

*En la primera de las Sentencias citadas se señala que el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración determina que la anormalidad en el servicio no debe necesaria-*

*mente estar conectada a la existencia de una infracción subjetiva de los deberes de los funcionarios, sino que basta con demostrar, que objetivamente existió una deficiencia, aun cuando fuera aislada, determinante de la omisión de cuidados que pudieron evitar el fallecimiento.”*

Por otro lado, ha de existir un nexo causal entre la actuación administrativa o el funcionamiento del servicio, y el daño resarcible ocasionado para que surja la obligación de indemnizar.

Esta responsabilidad administrativa puede quedar minorada o incluso desaparecer, por la interferencia de un tercero o de la propia víctima en la causación del daño. Si son varias las administraciones al producir la lesión y actuarán colegiadamente, responderán de manera solidaria como figura en el artículo 140 LRJPAC *“Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas”.*

El dictamen del Consello Consultivo de Galicia (en adelante CCG) 651/03 de 20 de octubre, en su consideración tercera menciona lo siguiente:

*“Es así como, pese tenor del precepto, se concluye en la solidaridad si se manifiesta una interna conexión entre los responsables, descartándose la solidaridad, únicamente, donde hay una mera casual identidad de fines o prestaciones.”*

## **5. La lesión y el cálculo del daño**

El artículo 139 de la Ley 30/1992 reconoce que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos. Una interpretación literal de este

precepto nos llevaría a entender que el régimen de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas constituye un sistema de cobertura de riesgos, en cuya virtud todos los perjuicios causados a los particulares deberían ser indemnizados, con la única excepción de la fuerza mayor. El concepto de lesión constituye una pieza clave en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. No se debe olvidar que lesión y daño no son términos sinónimos. No todo daño es lesión. Para que un daño se convierta en lesión no basta con que sea efectivo, evaluable económicamente individualizado, sino que además debe ser antijurídico; o sea el daño que el particular no tiene el deber de soportar conforme a la ley.

Según el artículo 139.2 el daño tendrá que ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona y a un grupo de personas.

1. El daño debe ser efectivo; es decir real y cierto. Excluimos por lo tanto los daños eventuales, simplemente posibles, supuestos o hipotéticos y que no sean seguros en cuanto a su producción. Debe tratarse de un daño real y no de meras especulaciones sobre perjuicios, pérdidas contingentes o dudosas. Ello excluye aquellos daños que pudiesen ser consecuencia de la frustración de meras expectativas. La exigencia de la efectividad no impide que puedan ser resarcibles los daños de futuro acaecimiento, pero siempre que, por su carácter fatal derivado de esa anterioridad o actualidad, sean de producción indudable o necesaria. Efectividad no equivale a actualidad.
2. El daño ha de ser evaluable económicamente, cuantificable y valorable en dinero. En principio, parece que la Ley entiende que únicamente serían resarcibles los daños de carácter patrimonial y que, por este motivo, quedarían excluidos los derechos personalísimos, los cuales, por su propia índole, no son susceptibles de valoración económica. La jurisprudencia ha admitido reiteradamente la posibilidad de indemnizar los daños morales pese a su evidente carácter extrapatrimonial.
3. El daño ha de ser individualizado respecto a una persona o grupo de personas. El requisito de individualizable respecto a

una persona no presenta problemas; problemas que aparecen cuando se intenta precisar el alcance de esta exigencia por relación a un grupo de personas. ¿Cómo determinamos el punto en que termina la singularidad y comienza la generalidad?. Podemos solucionar esto acudiendo a criterios que permitan fijar el ámbito subjetivo del grupo, tales como la distinta naturaleza de los daños que puedan sufrir los afectados, el número de afectados en relación con un marco territorial, el número de afectados con referencia a un determinado sector.

4. La antijuridicidad. Es preciso que el ordenamiento jurídico no legitime dicho menoscabo patrimonial mediante la imposición al perjudicado del deber jurídico de soportar el daño causado. El artículo 141.1 establece “sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber de soportar de acuerdo con la Ley”. Sólo será resarcible el daño que lesione un derecho o un interés legítimamente protegido del que sea titular el perjudicado, pues sólo así el perjuicio sería antijurídico.

En cuanto a lo que sería el cálculo del daño resarcible podemos destacar la STS de 26 de marzo de 1997 que parte de la premisa de que existe una reserva de jurisdicción en materia de valoración del alcance económico de los daños y perjuicios. Señala la sentencia que la función de calcular los daños indemnizables es atribuida expresamente por la doctrina jurisprudencial a los órganos judiciales, quienes lo llevarán caso a caso, valorando las probanzas unidas a las actuaciones, sin que puedan hallarse sujetos a previsión normativa alguna, que por su carácter general no permite la individualización del caso concreto.

Establece el artículo 141.2 que la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose en su caso, las predominantes en el mercado.

En cuanto a la determinación del momento de evaluación del montante de la indemnización, el artículo 141.3 remitía el cálculo de la cuantía de la indemnización: “al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de lo dispuesto, respecto de los intereses de

demora, por la Ley General Presupuestaria". Y se añade que en la determinación de la cuantía de los daños corporales la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria."

¿Desde qué momento debe entenderse que tiene derecho el interesado a ser resarcido por los daños producidos en su esfera patrimonial o personal?

La valoración según la LRJPAC se referirá al día en que la lesión efectivamente se produjo y el perjudicado tendrá el plazo de un año para interponer la reclamación.

Si son daños físicos o psíquicos se entenderá que el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas, artículo 142.5.º de la LRJPAC.

Si los daños son continuados, la reclamación de la responsabilidad patrimonial es más flexible y el plazo de prescripción no se cierra mientras no se paralice.

*"En relación con el dies a quo para el cómputo del plazo, el Tribunal Supremo ha establecido (Sentencia de 05.11.97, entre otras), que aquel comienza desde que se establezcan los efectos lesivos en el patrimonio del reclamante, que es cuando hay conocimiento suficiente para evaluar su extensión y alcance. (...)*

*Ahora bien, sin perjuicio de lo que se acaba de señalar, hay que tener en cuenta que como reiteradamente ha manifestado el TS, y este Consello Consultivo en anteriores dictámenes, el aludido plazo es de prescripción y no de caducidad, por lo que es susceptible de interrupción por el ejercicio de acciones por parte de la víctima del daño encaminadas a la procura de su resarcimiento",* Dictamen del CCG 516/03 de 14 de agosto.

Los órganos judiciales serán los encargados de valorar los daños con las pruebas que se aporten en las actuaciones. El artículo 141.2.º de la LRJPAC determina que *“la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.”*

En su apartado 3.º se precisa que *“la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Precios al Consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria»*

Como se argumenta en el fundamento quinto de la Sentencia del TS de 22 de diciembre de 2004, *“la indemnización por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas debe cubrir los daños y perjuicios sufridos hasta conseguir la reparación integral de los mismos; por ello, ha declarado esta Sala y Sección – entre otras, en Sentencias de 28 de febrero (RJ 1998, 3198) y 14 de marzo de 1998 (RJ 1998, 3248), y 18 (RJ 2000, 10012) y 24 de octubre de 2000 (RJ 2001, 131) – que la deuda derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración debe actualizarse, ya que es doctrina jurisprudencial consolidada que la reparación integral de los perjuicios sufridos, con el fin de conseguir una completa indemnidad, requiere la actualización de la deuda, lo que se debe llevar a cabo por diversos medios, entre los que se encuentra el criterio del devengo de los intereses legales de la cantidad adeudada desde que se formuló la reclamación en vía previa a la Administración, hasta su completo pago; por lo que tales intereses, en el caso que analizamos, se devengarán desde la fecha de reclamación”*.

En relación al artículo 142.4.º de la LRJPAC que expresamente dice *“la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional*

*contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas, no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5". Este último punto establece el plazo de prescripción de un año desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización.*

Este precepto según numerosa jurisprudencia avalada por dictámenes del Consejo de Estado y CCG viene a establecer lo siguiente; la anulación de un acto no exime al perjudicado de acreditar la concurrencia de todos los presupuestos que la Ley establece para que sea procedente la indemnización. Es decir, la existencia de una lesión anti-jurídica, un daño efectivo y la relación de causalidad entre éste y la actuación administrativa.

*"Es reiterada y uniforme la doctrina de esta Sala, sustentada, entre otras, en las sentencias de 28 de junio 1999 (RJ 1999,7143), 6 de octubre de 2001 (RJ 2001,10071), 18 de octubre de 2002 (RJ 2002, 10224) y 18 de febrero de 2003 (2003, 3630), que la mera anulación de una resolución administrativa – tanto en vía administrativa como en sede jurisdiccional – per se no comporta la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ésta se origina, siempre y cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo 139.2º de la mencionada Ley 30/1992, es decir, daño efectivo, individualizado, evaluable económicamente, nexo causal entre el actuar administrativo de soportar el resultado lesivo, ya que no cabe interpretar el citado artículo 139.2.º con tesis maximalistas de uno u otro sentido, como si dijera que la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco se puede afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad, dado el carácter objetivo de la misma." Sentencia del TS de 25 de mayo de 2004.*

Serán dos las vías a través de las cuales se podrá solicitar la indemnización que deriva de un acto anulado; por medio de una recla-



mación de responsabilidad patrimonial posterior a la anulación jurisdiccional o administrativa del acto, o también podrá solicitarse la indemnización en el recurso contencioso administrativo en el que se interesa la anulación del acto.

El artículo 4.2.º del Real Decreto 429/1993, de 26 de abril matiza que el plazo de un año se contará “*desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme.*”

Desde un punto de vista práctico resulta más conveniente que la indemnización del daño derivado de la actuación antijurídica de la Administración, se reclame, acredite y declare en el seno del propio procedimiento judicial en el que se solicita la anulación de dicha actuación, conforme prevé el artículo 71.1.º d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. De este modo se evitará tener que iniciar otro procedimiento independiente, en el que se deberán acreditar todos y cada uno de los requisitos establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial, así como otro procedimiento posterior.

El propio TS en su Sentencia de 18 de abril de 2000 rechaza la alegación de la Administración demandada y presuntamente responsable del daño, relativa a la supuesta ilegalidad del artículo 4.2.º del RPR en cuanto introduce una matización no prevista en la Ley.

## **6. Especial referencia a la unificación de la jurisdicción**

En relación con el instituto resarcitorio, la competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas constituye, como se ha dicho una de las cuestiones que ha provocado una mayor inseguridad jurídica y una mayor polémica doctrinal y jurisprudencial en los últimos tiempos. La búsqueda de la jurisdicción se había convertido en un auténtico “peregrinaje de jurisdicciones”, en la que los órdenes jurisdiccional contencioso-administrativo, civil, social y penal, reclamaban para sí el conocimiento de las pretensiones de contenido indemnizatorio que contra la Administración se dirigen.

Resulta notorio que, en los últimos años, se ha tratado de terminar con este estado de cosas, sin duda muy poco recomendable desde la perspectiva de la deseable uniformidad de la doctrina jurisprudencial, en el sentido de convertir a los tribunales de lo contencioso-administrativo en los exclusivamente competentes en aquella materia, conversión que se llevó a efecto con la entrada en vigor de la citada Ley 29/1998 de 13 de Julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

No obstante, para una extendida opinión, ya la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común había venido a unificar el fuero de la responsabilidad patrimonial de la Administración, atribuyendo la competencia, en todo caso, al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que corroboró el preámbulo del reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, de 26 de marzo de 1993, al significar que “la vía jurisdiccional contencioso-administrativa... pasa a ser en el sistema de la nueva ley, la única procedente en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, tanto en relaciones de derecho público como privado.

Con todo la unificación del fuero de la responsabilidad patrimonial de los entes públicos con anterioridad, por supuesto, a la ley 4/1999 era considerada dudosa por un sector de la doctrina, discutiendo otros autores que fuese cierta tal unificación; pues la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común únicamente unifica la vía administrativa, sin pronunciarse sobre el orden jurisdiccional competente una vez agotada dicha vía.

En todo caso parece que hoy en día es inapelable el artículo 2 e) Ley 29/1998. :»...el orden jurisdiccional contencioso administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: ... la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o tipo de relación de que se derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccional civil o social”

Un claro ejemplo de lo anteriormente expuesto es el Auto del Tribunal Supremo (Sala de Conflictos de Competencia), de 4 de abril de 2001, relativa a la indemnización por defectuoso funcionamiento de servicios médicos, en su fundamento de derecho segundo establece:

*“b) El segundo criterio, el de la unificación jurisdiccional, se desprende de un triple y combinado orden de razonamientos: de la derogación específica del art. 41 de la precedente LRJAE disposición derogatoria, párrafo 2, ap. a); de la afirmación del principio de responsabilidad directa de las administraciones públicas cuando actúen en relaciones de derecho privado – art. 144 –, responsabilidad esta exigible en la forma prevista en los arts. 142 y 143 – procedimiento unitario general o abreviado, según los casos – y que, por ende, ha de terminar en una resolución administrativa, y, por último de la clara dicción del art. 142.6.º cuando establece que la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada de que derive, pone fin a la vía administrativa, expresiones estas que denotan, por sí mismas, la sumisión ulterior al enjuiciamiento de la cuestión por los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.*

*2. – En realidad, la unidad procedimental, jurisdiccional y de régimen jurídico a que se viene haciendo referencia, no es otra cosa que una consecuencia lógica del sistema único, directo y objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene por causa el funcionamiento de los servicios públicos; cláusula ésta que engloba cualquier tipo de actuaciones extracontractuales de aquélla, y que, de acuerdo con la tradición legislativa española, arranca de la Ley de Expropiación Forzosa – art. 121 –, se reitera por la LRJAE – art.40 –, y se reconoce en los arts. 106.2.º y 149.1.18.º de la Constitución, al mantener, este último, como competencia exclusiva del Estado la legislación sobre el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas”.*

## **7. Competencia de los tribunales penales**

En el ámbito del derecho penal, el largo proceso de elaboración del Código Penal contempló el intento de extraer las cuestiones de

responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas del conocimiento de los tribunales penales, si bien, también este intento fracasó<sup>17</sup>

La Administraciones Públicas responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones.

F. Pantaleón Prieto resalta el hecho de que la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el caso del aceite de colza – en la que se acabó por condenar la falta de un funcionario de aduanas para determinar la competencia del Tribunal Penal acerca de la responsabilidad patrimonial subsidiaria del Estado–fuera dictada el 24 de mayo de 1996: el día anterior al de la entrada en vigor del nuevo Código Penal, con arreglo al cual, según se deduce, no se hubiere podido inferir la citada responsabilidad del Estado.

La exigencia de responsabilidad a las Administraciones como consecuencia de un acto constitutivo de falta se quedó relegada a la vía contencioso-administrativa. Lo cual tiene más trascendencia de lo que aparenta si se toma en cuenta que, en el nuevo Código penal, se consideran “faltas” la muertes o lesiones provocadas por imprudencias leves.

Partiendo de que se trata de resarcir a una persona por los daños sufridos en su patrimonio, resulta, sustancialmente, irrelevante que dicha lesión se derive de un delito y que por ello se lleve a cabo la regulación en el Código penal de la responsabilidad – civil extracontractual – subsidiaria de las administraciones públicas derivada de delitos que sólo se explica por la tardanza en nuestro país de la codificación civil, que hizo necesario incluir la regulación de una materia civil, como es la responsabilidad civil derivada de delito, en el Código penal.

---

<sup>17</sup> Cfr. Sobre el tema ampliamente F. PANTALEÓN PRIETO, “Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas...”, cit., página 405.

## **8. La acción y el procedimiento administrativo en materia de responsabilidad**

La acción de responsabilidad, es decir, el ejercicio del derecho a reclamar, prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas, el plazo comenzará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

El procedimiento administrativo en materia de responsabilidad se regula, en lo que se refiere a sus principios, en los artículos 142 y 143 de la Ley 30/1992 que se refieren respectivamente al procedimiento ordinario y al abreviado. El Real Decreto 429/1993 de 26 de marzo, desarrolla sendos procedimientos, y es de aplicación para todas las Administraciones Públicas, por ser la materia de responsabilidad administrativa una competencia exclusiva del Estado (art. 148.1.18 CE); sin perjuicio de las especialidades procedimentales que pudieran establecer las Comunidades Autónomas con competencia normativa en el área que nos ocupa.

El procedimiento general se iniciará de oficio o por reclamación de los interesados. En la reclamación a instancia del interesado, deberán especificarse las lesiones producidas, la relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la valoración económica y el momento en que la lesión se produjo; se acompañarán cuantas alegaciones y documentos se estimen oportunas y de la proposición de prueba.

Si se admite la reclamación el procedimiento se impulsará de oficio y se realizarán los actos de instrucción necesarios conforme a la Ley 30/1992; práctica de pruebas, informes, etc. En cualquier momento del procedimiento anterior a la audiencia, se podrá acordar con el interesado la terminación convencional del procedimiento. Instruido el expediente, se le pondrá de manifiesto al interesado a los efectos del trámite de audiencia. Concluido éste último, el instructor propondrá que se recabe, cuando sea preceptivo, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma.

El procedimiento termina mediante resolución del órgano competente, la cual se pronunciará sobre la relación de causalidad y, en su caso, sobre la valoración del daño y la cuantía de la indemnización.

El procedimiento abreviado procede cuando a la vista de las actuaciones del procedimiento general, el órgano instructor entienda que son inequívocas la relación de causalidad, la valoración del daño y la cuantía de la indemnización. El acuerdo de iniciación de este procedimiento se notificará a los interesados, junto con relación de los documentos obrantes, y se les concederá un plazo máximo de cinco días para formular alegaciones y presentar documentos. Durante este plazo, también se podrá concluir el procedimiento de forma convencional. En su caso, se solicitará el dictamen preceptivo y por último concluye el procedimiento mediante resolución, en los términos anteriormente indicados.

En otro orden de cosas; cuando las Administraciones Públicas actúan en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y ss., según proceda.

## **9. Conclusiones**

Concluyo reiterando que la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa ha venido a unificar la jurisdicción competente en favor del orden contencioso-administrativo, y que el régimen legal y judicial de responsabilidad patrimonial objetivo, sin culpa, de la Administración, es el más "avanzado", en el sentido del más protector del administrado, del panorama del derecho comparado aunque no tiene justificación dogmática, desde el punto de vista técnico jurídico, ni tampoco práctica, al tratarse, en puridad de una responsabilidad civil extracontractual sin más matices.

Salvo casos de fuerza mayor, excluyéndose ahora de modo expreso los daños derivados de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la

ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción, se viene imponiendo a la Administración con carácter general y objetivo la obligación de indemnizar el daño siempre que sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, y con independencia de que la lesión sea consecuencia no sólo del funcionamiento anormal sino también, en su más amplio sentido, normal de los servicios públicos, y al margen de que exista o no falta de diligencia o culpa, con el único fundamento en el concepto de lesión que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar, aunque la Administración que lo ocasione obre, como se ha dicho, con toda licitud.

Se pretende justificar, de modo prácticamente unánime en la doctrina legal, dicha obligación resarcitoria por la razón natural de que quien se aprovecha del bien y se beneficia de la actividad corre con los perjuicios y las consecuencias que produce u ocasiona, haciendo caso omiso de un dato fundamental consistente en que la Administración no actúa con ánimo y finalidad lucrativo y, por tanto, no resulta fácilmente justificable, al menos en puridad, la supradicha argumentación sobre la base de la aplicación del principio *ubi emolumentum, ibi onus*, sino más bien todo lo contrario.

Según se puede observar, ante las lesiones derivadas del funcionamiento de la Administración se establece el instituto resarcitorio derivado de la transgresión del mandato general *neminem laedere* al margen de la regulación del derecho civil que, en los artículos 1902 y 1903 del Código, se fundamenta en la culpa o negligencia o, en su caso, en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, sin que exista ninguna razón justificativa que sirva para fundamentar tal construcción de la responsabilidad administrativa alejada completamente del derecho privado.

En igual sentido, resulta anómalo el mantenimiento de la regulación en el Código penal de la responsabilidad – de nuevo civil extracontractual – subsidiaria de las administraciones públicas derivadas de delitos, que tampoco tiene una especial naturaleza que justifique su regulación en el Código penal, lo cual sólo se explica por la tardanza en nuestro país de la codificación civil, que hizo necesario incluir la regulación de una materia civil, como es la responsabilidad – civil – derivada de delito, en el Código penal.

La generosa configuración legal y jurisprudencial de la institución de la responsabilidad patrimonial en el Derecho español, sin parangón en los sistemas jurídicos de nuestro entorno, el enorme volumen de actuaciones públicas que asumen en nuestros días las Administraciones, unidos al cambio de actitud ciudadana y a la cada vez mayor conciencia ciudadana sobre sus derechos constitucionales y legales, y la posibilidad de defenderlos frente a la Administración, han llevado a cabo en los últimos años a un muy destacable aumento de los litigios en materia de responsabilidad extracontractual.

El notable incremento de las reclamaciones de ciudadanos en demanda de indemnizaciones de daños y perjuicios frente a las distintas Administraciones Públicas viene siendo cada año repetidamente puesto de manifiesto en las memorias e informes del Tribunal Supremo, del Consejo de Estado y de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas y de los Defensores del Pueblo estatal y autonómicos.

Una de las respuestas que las Administraciones Públicas pueden dar a la ineludible necesidad de resarcir los daños causados por su actuación es la suscripción de un seguro de responsabilidad civil al amparo de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro.

La posibilidad de suscribir estos seguros es hoy una práctica extendida en múltiples campos de la Administración, lo cual no impide que haya sido objeto de fuerte discusión, dando incluso lugar a la existencia de resoluciones contrarias a su utilización.

La problemática relativa al aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones ha adquirido, en consecuencia, en los últimos años una gran importancia práctica, que ha ido acompañada de una gran complejidad técnica.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- BELLO JANEIRO, DOMINGO. "La necesaria revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas". Colección Xornadas e Seminarios. Xunta de Galicia. EGAP. 1999.



- COLINA GAREA, RAFAEL. “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”. *Manuales Básicos*.
- GARCÍA DE ENTERRÍA; EDUARDO. “Curso de Derecho Administrativo”
- GAMERO CASADO; EDUARDO. “Los seguros de responsabilidad patrimonial de la Administración; recientes pactos y reformas”. LA LEY: 21 de junio de 2004.
- GONZÁLEZ PÉREZ; JESÚS: “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”. 3.ª Edición. Civitas.
- PARADA; RAMÓN. “Derecho Administrativo; Parte General”. Marcial Pons.

# OS CAMPOS NORMATIVOS DA BOA-FÉ OBJETIVA: AS TRÊS PERSPECTIVAS DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO<sup>1</sup>

JUDITH MARTINS-COSTA

Professora de Direito Civil na  
Faculdade de Direito da Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul. Livre  
Docente pela Universidade de São  
Paulo

**Sumário.** I) As relações de consumo: a coligação com a presunção de vulnerabilidade do consumidor e a “simplificação” da boa-fé. II) As relações civis de “direito comum”: os vários níveis de uma boa-fé complexa e multifacetada. III) As relações empresariais: boa-fé como mandamento de honestidade e informação.

## Introdução

A noção de “campo” vem da sociologia de Pierre Bourdieu<sup>2</sup> para designar um pedaço do mundo social regido por leis e códigos próprios.

---

<sup>1</sup> Este texto foi escrito, originalmente, para integrar obra coletiva em homenagem a Túlio Ascarelli, coordenada pelos Professores Guido ALPA e Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO.

<sup>2</sup> BOURDIEU, Pierre. *Raison Pratiques: sur la théorie de l'action*. Paris: Éditions du Seuil, 1994. Idem, *Ce que parler veut dire – l'économie des échanges linguistiques*. Paris, Fayard, 1982. A idéia bourdieusiana de *campo* foi enunciada pela primeira vez no livro *Microcosmos* no qual reunidos estudos sobre os diversos campos sociais.

Um campo é, também, um espaço de dominação e de conflitos. Tal qual na física há, na sociedade, “campos de forças” onde interagem indivíduos ou forças sociais diversas. A noção de “campo” está coligada à de “espaço social”, para deixar claro duas *idéias-força*: em primeiro lugar que o mundo social não pode ser pensado ao modo substancialista; em segundo lugar, para evidenciar o que Bourdieu denominou de “*princípio da apreensão relacional do mundo social*”<sup>3</sup>.

Parece clara a pertinência da noção bourdiesiana de “campo” para o exame da boa-fé objetiva em face das duas razões ou *idéias-força* acima enunciadas. A expressão “boa-fé” é uma expressão semanticamente “vaga” ou “aberta” e, por isso, carecedora de concretização. Ora, a tarefa de concretizar é sempre, e necessariamente, contextual. Isto significa dizer que a expressão “boa-fé” não tem um conteúdo “imane” ou “substancialista” mas contextual, estreitamente ligado às circunstâncias, aos “fatores vitais” determinantes do contexto da sua aplicação. Há, evidentemente, um conteúdo mínimo – o *honeste vivere* ciceroniano – mas a especificação desse conteúdo<sup>4</sup> será sempre *relacional* aos demais dados do contexto no qual incidente, inclusive aos dados decorrentes do fenômeno da pré-compreensão<sup>5</sup>. Além do mais, a boa-fé constitui um princípio jurídico<sup>6</sup> e os princípios se aplicam

---

<sup>3</sup> BOURDIEU, Pierre. *Raison Pratiques: sur la théorie de l'action*. Paris: Éditions du Seuil, 1994, p. 53, *in verbis*: «Pourquoi me semble-t-il nécessaire et légitime d'introduire dans le lexique de la sociologie les notions d'espace social et de champ du pouvoir? En premier lieu, pour rompre avec la tendance à penser le monde social de manière substantialiste. La notion d'espace enferme, en soi, le principe d'une appréhension *relationnelle* du monde social: elle affirme en effet que toute la «réalité» qu'elle désigne réside dans l'extériorité mutuelle des éléments qui la composent. Les êtres apparents, directement visibles, qu'il s'agisse d'individus ou de groupes, existent et subsistent dans et par la *différence*, c'est-à-dire en tant qu'ils occupent des *positions relatives* dans un espace de relations (...)»

<sup>4</sup> Vide nota 54, *infra*.

<sup>5</sup> GADAMER, H. G., *Verdad y método. Fundamentos de Hermenéutica Filosófica*. Trad. esp. Sigueme: Salamanca, 1991.

<sup>6</sup> O fato de a boa-fé objetiva vir apreendida, legislativamente, pela técnica das cláusulas gerais não elide a sua caracterização como princípio, entendendo-se por “princípio” espécie do gênero “norma jurídica”. A cláusula geral é uma técnica legislativa que, no mais das vezes, “captura”, “expressa” ou “encerrou” um princípio.

por via da interconexão e ponderação com outros princípios<sup>7</sup>. Podemos assim dizer que, conforme o espaço jurídico<sup>8</sup> no qual atua a boa-fé apresentará diferentes *feições*, às quais correspondem, semelhantemente, diversas *funções*.

Escolho, para comprovar essa proposição, três “campos jurídicos”, a saber: o das relações de consumo; das relações que, à falta de melhor designação, podemos chamar de “direito comum”; e o das relações empresariais<sup>9</sup>, propondo, assim, uma micro-comparação interna entre as feições e as funções do princípio da boa-fé no Direito Privado brasileiro. Para tal fim, porém, devo ainda fornecer alguns dados introdutórios, relativamente à recepção do princípio no Direito brasileiro.

---

<sup>7</sup> DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously* na edição original, 5.<sup>a</sup> impressão (Duckworth, Londres, 1987) e na tradução espanhola de Marta Guastavino, *Los Derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1989, em especial p. 75 e ss. ALEXYS, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*”, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madri, 1993, em especial pp. 81 a 93.

<sup>8</sup> A perspectiva de exame pode ser tanto a da comparação entre diferentes sistemas ou entre diferentes campos de função de uma mesma regra, instituto ou princípio. Para ambos os casos vale a observação sempre atual de Ascarelli sobre a comparação jurídica: “Chè questa perde parte della sua utilità ove ridotta a una comparazione delle soluzioni adottate nei vari paesi senza tener previamente conto dei problemi alla cui soluzione intendono le varie norme” (ASCARELLI, Túlio. *Experiências de viagens jurídicas – Direito civil e comercial*. Ora em *Ensaio e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 404).

<sup>9</sup> Consideramos, para os efeitos do presente estudo: a) as relações de consumo que, no Brasil, vêm reguladas pela Lei n. 8.078, de 11.9.90 (CDC); b) as relações de “direito privado comum”, fundamentalmente, o que é regulado pelo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) e leis especiais que não digam respeito às relações de consumo nem às relações de emprego, regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452, de 1.º de maio de 1943), não havendo consenso, na doutrina, à questão de saber se o Direito do Trabalho integra o Direito Público ou o Direito Privado; c) as relações empresariais, abrangidas pelo Código Civil, leis e regulações de Direito Societário. Deixamos de fora a aplicação da boa-fé no Direito Administrativo, onde tem marcada atuação (confira-se, a respeito, COUTO e SILVA, Almiro. *Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*. In: *Revista de Direito Público*, n. 84, pp. 46-63; GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo, Malheiros, 2002 )

Como observei em outra ocasião<sup>10</sup>, a boa-fé obrigacional, também dita boa-fé objetiva, chegou tarde ao Direito brasileiro legislado. Só a partir de 1990 é que os textos de lei passaram a contemplá-la, e ainda assim no domínio próprio das relações de consumo. O Código Civil de 1916 não continha regra acerca da boa-fé obrigacional, diversamente do que ocorre com o novo Código, entrado em vigor em 2002, no qual – como veremos – são expressivas as referências ao princípio. É bem verdade que o vetusto Código Comercial, de 1850, aludia, no art. 130, à boa-fé como cânone hermenêutico dos contratos<sup>11</sup>, mas este texto jamais desempenhou funções de cláusula geral, pouco passando de letra morta<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> A Boa-Fé como Modelo (notas para a compreensão da boa-fé obrigacional como modelo doutrinário e jurisprudencial no Direito Brasileiro”). In *Revista Roma e America – Diritto Romano Comune*, Mucchi Editore, Roma, 2002 pp. 71-98, ora *Diretrizes Fundamentais do Novo Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2002. Também escrevi sobre o tema: “O Princípio da Boa-Fé”, comentário de jurisprudência. In: *Revista Ajuris*, vol. 50, Porto Alegre, 1991, pp. 207 a 227; “O Princípio da Boa Fé e a Publicidade no Código de Defesa do Consumidor”. In: *Revista Direito do Consumidor*, vol. 4, São Paulo, 1992, pp. 140 a 172. *A Boa Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999; “Mercado e Solidariedade Social entre cosmos e táxis: a boa-fé nas relações de consumo”. In: “*A Reconstrução do Direito Privado. – reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*.” (org. MARTINS-COSTA, J). São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 611-661; *Comentários ao Novo Código Civil – Adimplemento e Inadimplemento das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 (1.ª Ed.); “Buena Fé objetiva y el cumplimiento de las Obligaciones”, in *Tratado de la Buena Fé*, (org.) CÓRDOBA, M.; GARRIDO, L., e KLUGER, V. Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 95-128.

<sup>11</sup> C. Com., art. 130, *caput* e inciso I, *in verbis*: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: I. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.

<sup>12</sup> São muito raras as decisões fundamentadas no art. 130, I com o sentido objetivo da boa-fé (vide, adiante, um dos raros exemplos). Acentua, a propósito, José Carlos MOREIRA ALVES: “É de notar-se, porém, que esse dispositivo, que se apresenta com a natureza de cláusula geral, até época relativamente recente foi tido como simples princípio de hermenêutica que se baseia na boa-fé subjetiva”. (A Boa-Fé Objetiva no Sistema Contratual Brasileiro. In: *Revista Roma e América*, vol. 7, Roma, 1999, p. 194).

Na doutrina e na jurisprudência o panorama não era – até o final dos anos 80 –, muito diverso<sup>13</sup>. Conquanto breve referência à boa-fé contratual já constasse das obras de Miguel Maria de Serpa Lopes<sup>14</sup>, Orlando Gomes<sup>15</sup> e de Alípio Silveira<sup>16</sup>, era o tema ignorado não apenas nos manuais. Mesmo grandes autores, como Pontes de Miranda, não deram à boa-fé objetiva a atenção e a importância que o tema merecera em outros sistemas, como o alemão. Como observou Clóvis do Couto e Silva,

“os autores que escreveram, posteriormente ao CC brasileiro, não mencionam em geral a importância do princípio da boa-fé para uma moderna concepção da relação obrigacional, não a definem como uma complexidade, uma estrutura ou um sistema de processos”<sup>17</sup>.

Coube justamente a Couto e Silva – fundado na doutrina de Emílio Betti e na expansão dada ao tema pela civilística alemã<sup>18</sup> e por autores portugueses<sup>19</sup> – inaugurar o câmbio semântico que discerniu a concepção

---

<sup>13</sup> Aproximadamente ao Direito italiano, onde o princípio começa a despertar a atenção doutrinária nos anos 70, chegando à jurisprudência apenas nos anos 80, como refere ALPA, G. I Principi generali. In: *Trattato di Diritto Privato*. (org.) IUDICA, G., e ZATTI, P. Milão. Giuffè, 1993, p. 296.

<sup>14</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria. “Curso de Direito Civil”, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1.ª edição, 1957.

<sup>15</sup> GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo, Revista dos Tribunais (1.ª edição de 1967).

<sup>16</sup> SILVEIRA, Alípio, *A Boa-Fé no Código Civil*, Tomos I e II, São Paulo, Editora Universitária de Direito, 1973. Autor de um amplo estudo que procura distinguir entre a “boa-fé crença” e a “boa-fé lealdade”, mesmo assim Silveira atribui, à segunda, o caráter de um estado subjetivado, como se observa pelos grupos de casos que analisa no 2.º volume de sua obra.

<sup>17</sup> COUTO e SILVA, Clóvis. O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. In: *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 58.

<sup>18</sup> Em especial LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*; ESSER, J. *Schuldrecht*; SIEBER, W. *Treu u. Glauben* e os *Kommentare* de STAUDINGER-WEBER.

<sup>19</sup> De modo particular a obra de ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, ora em sua 9.ª edição (2002).

subjetiva da concepção objetiva da boa-fé<sup>20</sup> apontando às suas potencialidades como “princípio ativo”, capaz de operar “*verdadeira transformação jurídica através da doutrina e do Poder Judiciário*”<sup>21</sup>.

Em obra de 1964<sup>22</sup> já qualificava Couto e Silva a boa-fé como cláusula geral, discernindo entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva (essa, sim, tradicional em nosso universo jurídico, seja nos Direitos Reais, seja no Direito das Obrigações sob a forma de “crença legítima” ou de “ignorância escusável”), apresentando-a em sua complexa funcionalidade. Para além de cânone hermenêutico, vinha a boa-fé posta como elemento essencial à caracterização do adimplemento, entendido não apenas como o cumprimento do contrato segundo a sua letra, mas como a *prestação satisfativa*, considerada a finalidade econômico-social do contrato e as concretas circunstâncias do processo obrigacional. Nesse sentido, apontava à boa-fé como fonte dos “deveres anexos”, que tenho preferido denominar de “deveres instrumentais” para deixar bem marcada a sua instrumentalidade em vista do escopo econômico-social que o contrato, como veste jurídica de uma operação econômica, deve viabilizar.

Na virada dos anos 80 uma notável coincidência fez a boa-fé objetiva emergir das sombras e seguir trilhas próprias, bem marcantes das peculiaridades que o Direito brasileiro daria ao tema nos finais do séc. XX e na primeira década do séc. XXI: concomitantemente ao incipiente e localizado<sup>23</sup> tratamento jurisprudencial<sup>24</sup>, foi editado o

---

<sup>20</sup> Diferentemente do idioma alemão, que distingue com signos lingüísticos próprios a boa-fé objetiva (*Treu und Glaube*) e a boa-fé subjetiva (*guter Glaube*), a língua portuguesa, tal qual a italiana, a espanhola e a francesa dispõe de um mesmo e único sintagma para designar ambas realidades normativas, o que provoca sérias confusões na doutrina e na jurisprudência.

<sup>21</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. In: *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 43.

<sup>22</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*, Tese de Cátedra, Porto Alegre, 1964, posteriormente publicada (São Paulo, José Bushatsy Editor, 1976).

<sup>23</sup> A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) foi pioneira no atentar ao princípio que só em meados da década de 90 passa a ser objeto de decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de outros Tribunais estaduais.

<sup>24</sup> Comentei essas decisões em Princípio da Boa-Fé. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, vol. 50, p. 207-227, 1990.

Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei n.º 8.078, de 11.9.90) como decorrência de mandamento da Constituição Brasileira de 1988 que reconhece a proteção do consumidor como direito fundamental<sup>25</sup> e como princípio da ordem econômica<sup>26</sup>. O CDC, cujo campo de incidência é extenso<sup>27</sup>, situa a boa-fé como um dos *princípios* da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4.º, inciso III<sup>28</sup>) e como critério

<sup>25</sup> CF-88, art. 5.º, XXXII: “O Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor”.

<sup>26</sup> CF-88, art. 170, V: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor”.

<sup>27</sup> O campo de incidência *ratione personae* do CDC não se limita às pessoas físicas. Pelo contrário, o conceito jurídico de consumidor é relacional (carecendo encontrar, no outro pólo, a figura do “fornecedor” de produtos ou de serviços) e extensivo, como demonstrou Daniela Fontoura de Barcellos. Há o consumidor em sentido próprio, receptor da integral proteção da lei, definido no art. 2.º, *caput*, do CDC (*in verbis*: Art. 2.º – Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final. Parágrafo único – Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo), mas a proteção do CDC estende-se para outros, sujeitos de uma tutela especial na condição de equiparados. São as vítimas (art. 17), os expostos a práticas abusivas (art. 29) e a coletividade de pessoas que haja intervindo em uma relação de consumo. Essa coletividade pode ser de sujeitos difusos, coletivos em sentido estrito ou de sujeitos individuais com direitos homogêneos. (Cf. FONTOURA DE BARCELLOS Daniela Silva. *O Conceito Jurídico De Consumidor: Análise comparada entre os ordenamentos jurídicos Brasileiro e Argentino*. Porto Alegre, 2004, no prelo). A incidência *ratione materiae* é também extensa. Na forma do art. 3.º (que define a figura do “fornecedor” e seus parágrafos, abrange, *in verbis*, “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Os parágrafos 1.º e 2.º do art. 3.º definem: § 1.º – “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2.º – Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

<sup>28</sup> CDC, art. 4.º – A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de



de aferição de abusividade de cláusula contratual (art. 51, inciso IV<sup>29</sup>). Desta forma, contemporaneamente à “descoberta”, por setores da jurisprudência, das virtualidades da boa-fé como elemento transformador da relação obrigacional, afastando o voluntarismo extremado e situando-a como “ordem de cooperação” entre as partes, a vigência do Código de Defesa do Consumidor agregou ao princípio funcionalidades muito específicas.

#### A) As relações de consumo: a coligação com o princípio da vulnerabilidade e a “simplificação” da boa-fé

É comumente reconhecida à boa-fé objetiva uma tríplice função, qual seja, a de atuar como cânone hermenêutico e integrativo, como fonte de deveres jurídicos e como limite ao exercício de direitos subjetivos. Porém, ao determinar, no art. 4.º, que a Política Nacional das Relações de Consumo tem como objetivos, entre outros, “a *transparência e a harmonia das relações de consumo*”, atendidos, entre outros, os princípios da *harmonização dos interesses dos participantes daquelas relações*<sup>30</sup>, a fim de serem viabilizados os princípios nos quais se funda a ordem econômica, “*sempre com base na boa-fé e no equilíbrio*” daquelas relações, o CDC foi além daquela tríplice função:

---

vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (omissis) III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

<sup>29</sup> CDC, art. 51 – São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (omissis) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

<sup>30</sup> Não só as partes contratuais, portanto, mas todos os que, mediata ou imediatamente, participam da relação jurídica de consumo, como os expostos às práticas abusivas de que trata o art. 29.

conjugando à conduta segundo a boa-fé o *equilíbrio* entre posições do pólo fornecedor e do pólo consumidor, agregou-lhe ainda a *função corretora do desequilíbrio contratual*<sup>31</sup>, daí resultando, na prática, a boa-fé como mandamento de otimização do equilíbrio contratual e, no plano metodológico, a *superposição* da boa-fé ao princípio do equilíbrio (ou da “equivalência das prestações”<sup>32</sup>). Ao fim e ao cabo, transformou-se a boa-fé num princípio geral de tutela ao contratante débil, muito embora a letra da lei fornecesse outros princípios e mecanismos técnicos melhor adaptados a essa função<sup>33</sup>.

Conquanto tratada no CDC como princípio, e não como cláusula geral<sup>34</sup>, a boa-fé adquiriu esse perfil funcional por obra da jurisprudência, passando a ser utilizada como fonte de “deveres anexos”<sup>35</sup>, de modo

---

<sup>31</sup> Assim observei em: Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo (In: *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, garantias e direitos constitucionais fundamentais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 611-661)

<sup>32</sup> Discernindo entre ambos AZEVEDO, ANTONIO JUNQUEIRA. Princípios do novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado – Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento – Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana de Terceiro que Contribui para o Inadimplemento Contratual. In *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 750, abril de 1998. p. 113-120. Na doutrina italiana, ALPA, G. I principi generali. In *Trattato di Diritto Privato*. (org.) IUDICA, G., e ZATTI, P. Milão. Giuffè, 1993, p. 297.

<sup>33</sup> Assim, no CDC, a presunção da vulnerabilidade (art.4.º, I); e os princípios da transparência (art. 4.º, *caput*) e da interpretação *contra proferentem* (art. 47); e o mecanismo da inversão do *onus probandi* se, à presunção de vulnerabilidade, acrescesse a hipossuficiência, esta a ser averiguada pelo juiz “segundo as regras ordinárias de experiência” (art. 6.º, VIII).

<sup>34</sup> Para a distinção os meus: *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 315-328; e *O Direito Privado como um ‘sistema em construção’*: as cláusulas gerais no Projeto de Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1998. vol. 753, pp. 24 a 48. Acerca da boa-fé no CDC há uma vasta bibliografia, destacando-se AGUIAR JR, Ruy Rosado. *A Boa-Fé nas Relações de Consumo*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 14, p. 20; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *A boa-fé na formação dos contratos*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 3, p. 78-87, 1992; e MARQUES, Claudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4.ª ed., 2002, pp. 671

<sup>35</sup> STJ, RESP 595631 /SC; Terceira Turma. J em 08/06/2004 (In: DJ 02.08.2004 p. 00391).

especial o dever de informar<sup>36</sup> (na fase pré-negocial, na conclusão e no desenvolvimento do contrato); como critério para a revisão dos contratos em casos de excessiva onerosidade superveniente, inclusive para o efeito de dispensar o requisito da imprevisibilidade<sup>37</sup>; como cânone hermenêutico para a concretização de cláusulas contratuais segundo a interpretação pró-consumidor ou segundo a finalidade econômico-social do negócio<sup>38</sup>; como elemento permissivo da revisão judicial dos contratos, por via da anulação de cláusulas, na hipótese de configurar-se a abusividade contratual<sup>39</sup>; como norma limitante (ou paralisante) do exercício de direitos subjetivos ou poderes formativos, conduzindo a figuras que, no Direito Comparado, encontram similitude na Teoria dos Atos Próprios (tal qual expressa o brocardo que impede *venire contra factum proprium*<sup>40</sup>); na Teoria do Adimplemento Substancial (*substantial performance*)<sup>41</sup>; da Quebra Positiva do Contrato (*positive Vertragsverletzung*

<sup>36</sup> Exemplificativamente, STJ RESP 485760 / RJ; Quarta Turma. J. em 17/06/2003 (In: DJ 01.03.2004, p. 00186); RESP 264562 / SE; Terceira Turma. J. em 12/06/2001 (In: DJ 13.08.2001 p. 00150); RESP 330261 / SC; (In: DJ de 08/04/2002, p. 00212; idem em RSTJ, vol. 00154, p. 00350. Na doutrina, FRADERA, V. A interpretação da proibição da publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor”, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 4, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 178. FABIAN, Christoph. *O Dever de Informar no Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>37</sup> Exemplificativamente, STJ, RESP 299501 /MG; Terceira Turma, J. em 11/09/2001 (In: DJ de 22.10.2001 p. 00319).

<sup>38</sup> STJ, RESP 5932 /RS; Terceira Turma. J. em 11/12/1990 (In: DJ 18.02.1991 p. 01037; idem em RSTJ, vol. 00033 p. 00323).

<sup>39</sup> V.g.: STJ, RESP 250523 /SP – Quarta Turma. J. em 19/10/2000. In: DJ 18.12.2000 p. 00203 (idem em LEXSTJ, vol. 00141, p. 00194 e RSTJ, vol 00145 p. 00446). Também o RESP 158728 /RJ; Terceira Turma. J. em 16/03/1999 (In: DJ 17.05.1999 p. 00197; idem em LEXSTJ, vol. 00122 p. 00188 e em RSTJ, vol. 00121 p. 00289) Também o RESP 80036 / SP; Quarta Turma.J. em 12/02/1996 (In: DJ 25.03.1996 p. 08586).

<sup>40</sup> STJ, RESP 95539 / SP; Quarta Turma. J. em 03/09/1996 (In: DJ 14.10.1996 p. 39015; idem em LEXSTJ vol. 00091 p. 00267 e em RSTJ, vol. 00093 p. 00314).

<sup>41</sup> V.g. STJ, RESP 272739 / MG; Quarta Turma. J. em 01/03/2001. (In: DJ 02.04.2001 p.00299; idem em RSTJ VOL.: 00150 p. 00398). Com indicação de outros julgados o meu A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Experiências do Direito*. (org.) REALE, M., REALE JR., M., e FERRARI, E. São Paulo, Millenium, 2004, pp. 23-62.

ou *fundamental breach of contract*<sup>42</sup>; e da paralisação do exercício de direitos subjetivos ou formativos, como ocorre na *Verwirkung*<sup>43</sup>.

Independentemente de um exame crítico dessa supervalorização da boa-fé<sup>44</sup>, impende anotar que a feição que lhe foi então conferida pela jurisprudência decorre de uma geralmente implícita coligação entre aquela e o pressuposto fático e normativo da *vulnerabilidade do consumidor*<sup>45</sup>, também estruturante da Política Nacional das Relações de Consumo, na medida em que o consumidor é vulnerável no mercado de consumo. Note-se que, no Direito consumerista brasileiro, há presunção da vulnerabilidade<sup>46</sup>, o que parece adequado ao tratamento das relações obrigacionais no quadro de uma “economia social de mercado”

---

<sup>42</sup> Exemplificativamente: TJRS, AP. Civ. n.º 70007283435, Vigésima Câmara Cível. J. em 22/10/2003; Também E. Decl. n.º 70007639875, Vigésima Câmara Cível. J. em 26/11/2003). Na doutrina: FERREIRA DA SILVA, J. Cesa. *Boa Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>43</sup> V. g: STJ, RESP 214680 / SP, Quarta Turma. J. em 10/08/1999. (In: DJ 16.11.1999 p. 00214. idem em LEXSTJ, vol. 00128 p. 00228 e em RSTJ vol. 00130 p. 00366).

<sup>44</sup> V. TEPEDINO, G. e SCHREIBER, A. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil, *Revista da EMERJ*, n. 23, outubro de 2003 (Edição Comemorativa dos 15 anos da Constituição), pp. 139-151, *in verbis*: “A boa-fé objetiva ganhou na jurisprudência brasileira um papel, por assim dizer, reequilibrador de relações não-paritárias, que nada tem com o conceito de boa-fé em si, mas que era fundamento do Código de Defesa do Consumidor em que a cláusula geral de boa-fé vinha inserida. Era natural, portanto, que os tribunais brasileiros, desconhecedores dos contornos dogmáticos da noção de boa-fé objetiva, atribuísem ao instituto finalidade e função que tecnicamente não eram seus, mas do Código consumerista. Contribuiu para este fenômeno certa inexperiência do Poder Judiciário brasileiro em lidar com princípios e cláusulas gerais, o que resultava em uma “super-invocação” da boa-fé objetiva como fundamento ético de legitimidade de qualquer decisão, por mais que se estivesse em campos onde a sua aplicação era desnecessária ou até equivocada”.

<sup>45</sup> Com razão FERREIRA DA SILVA, J. Cesa, segundo o qual a vulnerabilidade não é um princípio (pois não está no campo do “dever-ser”), mas um pressuposto fático (o consumidor “é” vulnerável). (In: *É a vulnerabilidade um princípio de Direito do Consumidor?* Porto Alegre, 2004, inédito). A vulnerabilidade é, assim, um pressuposto fático e também um pressuposto normativo, quando atua na interpretação das regras do CDC.

<sup>46</sup> Não há ainda clareza, na jurisprudência e na doutrina, acerca da natureza da presunção, se absoluta ou relativa. A “diretriz da concreção” indicaria, ao meu ver, à

tal qual desenhado pela regulação constitucional da Ordem Econômica<sup>47</sup>. Muito embora as reformas neoliberais dos últimos anos, se está ainda distante, no Brasil, ao menos do ponto de vista normativo<sup>48</sup>, da direção traçada na Europa pelos propósitos comunitários<sup>49</sup>.

---

relatividade da presunção, tal qual decidiu a Justiça Federal do RGS no processo n.º 95.0000136-5 (jugador: juiz Roger Raupp Rios, j. em 14.10.1995, não publicada) no qual a Caixa Econômica Federal pretendeu valer-se do CDC, na condição de consumidora, para reclamar por danos advindos de furto de máquinas calculadoras nas dependências da pequena empresa que, como “fornecedora”, realizava os consertos das máquinas. Disse o juiz: “O aludido Código não pode ser invocado pela Caixa Econômica Federal, empresa pública de grande porte, contra a pequena empresa de conserto de máquinas calculadoras. As normas nele vinculadas têm por fim proteger, nas relações de consumo, o hipossuficiente, não consagrar ao mais forte direitos ainda mais amplos e efetivos. Tal é sua diretriz, balizada, sem dúvida, nas vigentes concepções de Estado Social de Direito, hoje consagradas no constitucionalismo contemporâneo”.

<sup>47</sup> CF-88, art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.” Na doutrina, por todos, GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 7.ª edição, São Paulo, Malheiros, 2002.

<sup>48</sup> Retomando as sugestões de ASCARELLI e de IRTI sobre a distinção entre ordem normativa e ordem natural o meu: Mercado e Solidariedade Social entre cosmos e táxis: a boa-fé nas relações de consumo. (In: *A Reconstrução do Direito Privado. – reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*). São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 611-661).

<sup>49</sup> V. a análise crítica de SOMMA, A. “Modernizzare” l’ordinamento privatistico: l’economia sociale di mercato e la riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. In: *Estudios de Derecho Civil – Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa – 40 años de Rectoria*. Tomo III. Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 315-338. Referindo as “reazioni di rigetto” à clausula geral da boa-fé, notadamente pelos países de *common law*, mas com a perspectiva da construção de um direito unitário expressivo de “ideali e valori comuni” e não atrelado exclusivamente ao mercado, ALPA, G. Diritto Privato Europeo. L’armonizzazione della disciplina dei contratti. In: *Estudios de Derecho Civil – Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa – 40 años de Rectoria*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 47-55.

Porém, é preciso ter presente que as funcionalidades específicas que a boa-fé adquiriu no domínio das relações de consumo advém da conexão com pressupostos, presunções e princípios do CDC (nomeadamente, o pressuposto da vulnerabilidade e os princípios do equilíbrio contratual e da interpretação *pro* consumidor), bem como da própria razão de ser da legislação consumerista: esta não faria sentido se não fosse a efetiva e real *assimetria de poderes sociais* existentes entre consumidores e fornecedores no mercado de consumo. Conquanto a influência do Direito do Consumidor sobre o sistema jurídico<sup>50</sup> possa ser benéfica, a questão está em determinar se uma idêntica chave de leitura da boa-fé objetiva será adequada para o tratamento das relações obrigacionais que não apresentam em seu substrato uma tal assimetria

---

<sup>50</sup> Aludo ao conhecido trabalho de SAUPHANOR, Nathalie. *L'Influence du Droit de la Consommation sur le Système Juridique*. Paris, LGDJ, 2000, cuja perspectiva é a dos reflexos da *metódica jurídica* sobre a qual está fundada a legislação consumerista francesa em outras disciplinas. Essa metódica é a que parte de uma consideração de ordem “funcional” sobre as regras jurídicas e sua disciplina, agrupadas em volta de uma finalidade ou diretriz de base. Como conseqüências desta influência estão: a modificação no método hermenêutico, o traçar de um papel mais ativo ao juiz e a renovação da teoria das fontes, que se abre ao pluralismo. Além da modificação no método hermenêutico há a modificação nos métodos legislativos, não mais enucleados na ficção de igualdade formal, mas no *princípio da diferença*, para o que as condutas humanas são normatizadas em seus aspectos parciais, consoante a “teoria dos papéis” sociais. Porém, para evitar a transposição acrítica – pecado maior em que pode incorrer o comparatista – é justo observar que, diferentemente de outros sistemas, o brasileiro: a) tem, tradicionalmente, em matéria de fontes, uma posição mais flexível, inclusive permitindo uma larga e direta influência da doutrina, mesmo a estrangeira, na jurisprudência; b) codificou em um *corpus* legislativo específico as regras aplicáveis às relações de consumo, incidentes partir de um conceito amplo de “consumidor”, não restrito às pessoas físicas, isto é: nem inseriu a proteção ao consumidor no Código Civil, como fez o Direito alemão, nem tratou do tema por meio de várias “leis especiais” sem pretensão codificatória, como fez o Direito francês; c) tratou esse *corpus* como Código “do Consumidor” e não como “Código do Consumo” (que corresponderia ao termo francês “*consommation*”), deixando claro o âmbito da proteção especial conferida a um dos pólos da relação jurídica; d) reuniu, no Código de Defesa do Consumidor, a par de uma principiologia própria, regras de direito das obrigações, de direito penal, processual e administrativo, atribuindo-lhe, assim, o caráter de “micro-sistema” (e não de sub-sistema) legislativo.

de poderes sociais, tal qual ocorre nas relações de direito comum “pari-tárias” e as relações interempresariais. Como anotaram Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber<sup>51</sup>,

“por conta da finalidade declaradamente protetiva do código consumerista, também a noção de boa-fé objetiva acabou, na prática jurisprudencial, sendo empregada como instrumento de proteção ao consumidor, embora ontologicamente não se trate de um preceito protetivo, mas de uma sujeição de ambas as partes, e em igual medida, aos padrões objetivos de lealdade e colaboração para os fins contratuais”.

É verdade que em algumas decisões a boa-fé foi direcionada *contra* a pretensão deduzida em juízo pelo consumidor que agira deslealmente, entendendo-se, de modo correto, que o princípio impõe a *ambos* os partícipes da relação jurídica obrigacional os deveres de lealdade e correção de condutas<sup>52</sup>. Por vezes, porém, tem sido a boa-fé confundida com a equidade<sup>53</sup> ou chamada a atuar como argumento

---

<sup>51</sup> TEPEDINO, G. e SCHREIBER, A. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *Revista da EMERJ*, n. 23, outubro de 2003 (Edição Comemorativa dos 15 anos da Constituição), Pp. 139-151

<sup>52</sup> Exemplar o STJ no RESP 256274 / SP, Quarta Turma, J. em 26/09/2000. *In* DJ 18.12.2000 p. 00204. Ementa. Lucros Cessantes. Execução de sentença. Período a considerar. Boa-fé. Seguro. Citação do IRB. 1. Constando da sentença exequiênda que os lucros cessantes devem ser considerados até a data do efetivo pagamento, essa data limite deve corresponder à do depósito judicial efetuado pela seguradora sobre a parte incontroversa, superior ao valor dos danos emergentes. 2. A avaliação do período a considerar para os lucros cessantes deve ser feita de acordo com a boa-fé objetiva, que impõe ao lesado colaborar lealmente, praticando atos que estavam ao seu alcance, para evitar a continuidade do prejuízo. (...).

<sup>53</sup> O juízo de equidade opera de modo funcionalmente diverso, pois a equidade é assistematizadora, atirando o intérprete “para fora” do sistema, enquanto o juízo segundo a boa-fé é re-sistemizador (tendendo a promover uma sistematização “aberta”, por “grupos de casos típicos”, como registrei em *A Boa-Fé No Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 335-336. No mesmo sentido, SCONAMIGLIO, Cláudio. *Il Nuovo Diritto dei Contratti: Buona Fede e Recesso Dal Contratto*. *In: Europa e Diritto Privato*. Fasc. 4-200, p. 814. Para um exame das indistincões

“forte” para uma multiplicidade de casos muito diversos, o que acaba por prejudicar a sua efetividade, pois seus traços distintivos não terão a necessária *capacidade delimitadora*<sup>54</sup>. Quando através de um mesmo sintagma se que significar um universo muito largo de situações, desenvolvendo-se extensíssimo repertório argumentativo, se acaba, na verdade, por significar muito pouco<sup>55</sup>. Daí a apontada “simplificação” do princípio da boa-fé que, além do mais, ao operar sobre um sujeito estatutário<sup>56</sup>,

---

oitocentistas entre uma e outra – e a distinção ora procedida na doutrina italiana – v. ALPA, G. La Buena Fé Integrativa. Notas acerca de la dirección parabólica de las cláusulas generales. In *Tratado de la Buena Fé em el Derecho*. (org. CÓRDOBA, M., CORDOBERA, Lída M. G., e KLUGER, Viviana). Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 177-188.

<sup>54</sup> Entre os vícios das teorias jurídicas está, segundo Canaris, a “falta de eficácia” que decorre ou da tautologia, ou da ausência de capacidade delimitadora dos seus traços distintivos. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Trad. Esp. Madrid, Civitas, 1995, p. 73.

<sup>55</sup> É que embora a expressão “boa-fé” tenha amplo espectro semântico, não constitui – é bom que se diga – um passaporte dado ao anarquismo metodológico que, no mais das vezes, mal-esconde o voluntarismo do intérprete. No Direito expressa a *confiança no tráfego negocial*, constituindo, ao mesmo tempo, norma de fundo conteúdo ético e *rigorosa funcionalidade técnica*. Assim já referia, antes mesmo da “explosão” da boa-fé na prática jurisprudencial brasileira ocorrida pós Código de Defesa do Consumidor, lembrando que a sua aplicação não implica desamor ao exame rigoroso das leis e preceitos, exigindo, pelo contrário, um redobrado cuidado aos aspectos técnicos, afastando, tão somente, o apego ao tecnicismo descolado da concreta realidade. Por isso mesmo não é o princípio da boa-fé, de modo algum, espécie de remédio a ser usado para uma infinidade de problemas jurídicos indistintamente (Assim o meu: *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1999, p. 34 e *La buena fé objetiva y el cumplimiento de las obligaciones*. In: *Tratado de la Buena Fé em el Derecho*. (org. CÓRDOBA, M., CORDOBERA, Lída M. G., e KLUGER, Viviana). Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 108-109).

<sup>56</sup> Isto é, caracterizado pela lei (com caráter geral e abstrato), pelo seu *status* de consumidor, uma vez que o sujeito é consumidor sempre que se realizem os pressupostos da definição estipulativa do art. 2.º. A abstração deriva da circunstância de, uma vez realizadas as condições previstas na norma, haverá um “sempre-igual consumidor”, independentemente das considerações que a concreção poderia conduzir em relação ao seu efetivo poder informativo, técnico ou jurídico. Seria preciso, pois, para atender à diretriz hermenêutica da concreção, perspectivar-se a vulnerabilidade de forma graduada, segundo as concretas circunstâncias.



pré-definido juridicamente pela presunção de vulnerabilidade, pouco espaço tem recebido para a consideração concreta e complexa das efetivas e reais relações de força social subjacentes à relação jurídica em causa.

É esse, no meu entendimento, o maior desafio que hoje se põe à compreensão da operatividade da boa-fé obrigacional no Código Civil que abriga, igualmente, as relações obrigacionais empresariais. Por conta do CDC temos já formada uma certa pré-compreensão do que seja a funcionalidade da boa-fé. Porém, para bem compreender e aplicar o Código Civil é preciso rever – e formar – outra pré-compreensão.

## II) As relações civis de “direito comum”: os vários níveis de uma boa-fé complexa e multifacetada

Diversamente do Código de Defesa do Consumidor, centrado numa noção estatutária de “sujeito”, o Código Civil é marcado pelo que Miguel Reale chama de “diretriz da concreção”<sup>57</sup>. Não mais temos, como destinatário das normas do Código, o abstrato *sujeito sempre-igual* que marcou a Codificação oitocentista, mas a “pessoa situada”. O ator das relações obrigacionais, é, orteguianamente, “a pessoa em suas circunstâncias”. Não é possível saber, *a priori*, qual e como será a atuação da boa-fé, pois antes será preciso distinguir, definir e qualificar: a relação se dá entre titulares de situações jurídicas subjetivas concretamente desiguais? Ou entre pessoas concretamente semelhantes em seu poderio social, econômico, jurídico, cultural e informativo? Trata-se de um contrato paritário, em que são partes simples cidadãos em suas relações interindividuais? Ou de rede contratual formada por vários ajustes estabelecidos por grandes complexos empresariais?

Essas e outras distinções deverão estar esclarecidas de modo que, *em cada caso*, será preciso desvendar no universo imenso, plural, transversalizado e complexo abrangido pelo Código Civil, qual é a efetiva

---

<sup>57</sup> REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: Situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

e concreta *estrutura social*<sup>58</sup> que subjaz à relação jurídica, pois o conceito de estrutura importa o de *função* cujo papel crucial é o de fornecer o critério e a importância de fatores dinâmicos e dos processos, no interior dos sistemas<sup>59</sup>. Então (e só então) será lícito determinar – no quadro de uma Teoria do Negócio Jurídico cada vez mais polarizada pela *ética da confiança*<sup>60</sup> e numa idéia de licitude civil como “integração de liberdades coexistentes” – qual é, naquele caso<sup>61</sup>, a operatividade da boa-fé como mandamento geral de lealdade e norma impositiva de deveres de cooperação e consideração aos legítimos interesses do *alter*.

Do ponto de vista estrutural a funcionalidade da boa-fé objetiva no Código Civil caminha em tríplice direção: o de atuar como critério ou norte indicador do teor geral da cooperação intersubjetiva existente em toda e qualquer relação obrigacional; como cânone hermenêutico e integrativo da atividade negocial; como baliza ao exercício de direitos subjetivos e posições jurídicas subjetivas, caracterizando, assim, uma renovada noção de ilicitude civil. Mencionemos, ainda que brevemente, esse tríplice campo de função.

---

<sup>58</sup> A noção de “estrutura social” (sendo as “estruturas jurídicas” espécies do gênero “estrutura social”) tem imensa importância na compreensão do Código Civil de 2002, pois está no centro da obra filosófica de Miguel Reale, o presidente da Comissão Codificadora”. Reale a considera como “um todo de significações”, segundo a aceção que, na Sociologia, foi evidenciada por Talcott PARSONS (*Structure of Social Action*, Harvard University, 1949, cap. XIV-XVII), privilegiando, contudo, os seus aspectos dinâmicos e não estáticos (isto é, como *Gestalt*, e não como *Struktur*). REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1999 (2.ª edição, 2.ª tiragem, Ensaios III e VII).

<sup>59</sup> REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1999 2.ª edição, 2.ª tiragem, p. 152.

<sup>60</sup> MOTA PINTO, Paulo da. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, em especial pp. 29-31

<sup>61</sup> Para tanto é preciso levar a sério uma diversa perspectiva metodológica: o caso jurídico é o verdadeiro *prius* metodológico, diz, com razão, Castanheira Neves. O que se interpreta não é o texto normativo, mas o caso concreto, por isso, “*é em função do caso que tudo deverá ser interrogado e resolvido*”, razão pela qual “*o problema da interpretação não é hermenêutico, mas normativo*” (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia Jurídica Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p.p. 142-143).

### a) Boa-fé como cláusula geral do comportamento intersubjetivo na relação obrigacional

O Direito contratual é, no Código de 2002, sugestivamente inaugurado por expressa principiologia (*ex vi* dos arts. 421 a 425). Aí vem a boa-fé desenhada (art. 422<sup>62</sup>) como cláusula geral do comportamento contratual, coligada ao *standard* da probidade ou correção nos negócios<sup>63</sup>.

Como cláusula geral que é, a boa-fé objetiva tem uma *função produtiva*, isto é, mostra-se capaz de produzir *normas heterônomas* que são “detectadas” pelo juiz à vista de determinadas situações típicas. Assim, considerada como *técnica legislativa*, a cláusula geral da boa-fé deve ser compreendida nos quadros do que, ainda na década de 80, Castronuovo denominou de “*heteronomia não-autoritária*”<sup>64</sup> ao aludir a um modo de escrever os textos normativos que, conquanto possa ter sido percebido, anos depois, como espécie de “moda ultrapassada”, constitui perspectiva hoje reafirmada e revigorada não apenas no Direito civil brasileiro, mas, por igual, no direito contratual europeu<sup>65</sup>. Vem

---

<sup>62</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>63</sup> Segundo Monti, a boa-fé e a correção (*correttezza*) são conceitos que se direcionam-se à mesma área operativa, caracterizando-se como expressões do princípio da solidariedade, de caráter geral e fundamento constitucional (MONTI, Alberto. *Buona Fede e Assicurazione*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 161).

<sup>64</sup> CASTRONOVO, C. L'avventura delle clausole generale. In: *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno IV, 1986, p. 29, *verbis*: “La buona fede è la clausola generale per eccellenza, caratterizzata specialmente dalla capacità di resistere a qualsiasi cambiamento di regime, a qualsiasi ribaltamento di valori sociali. Il perchè di tanto successo può essere spiegato considerando che essa si colloca sul crinale che corre tra autonomia e eteronomia, e individua per linee sinuose e tallora difficile da cogliere e da percorrere quella che potremmo chiamare eteronomia non autoritaria, indicativa di un intervento che, pur condotto da un potere alieno alle parti, tuttavia non è autoritario perchè si limita a filtrare valori sociali entro la forma giuridica.”

<sup>65</sup> Cite-se, por exemplo, ALPA, G., FONSI, G. e RESTA, G., que aludem à “rivalutazione della buona fede oggettiva” (In: *L'interpretazione del contratto – Orientamenti e Tecniche della giurisprudenza*. Milão: Giuffrè, 2.º ed., 2001, p. 87). Também Claudio SCONAMIGLIO alude à aplicação “sempre più ampla, e pervasiva, della

daí, aliás, a “revolução” ou a “evolução” – jamais a “eversão”<sup>66</sup> – que a boa-fé provoca num sistema de Direito Obrigacional, até há pouco enucleado no modelo binário de produção de normatividade jurídica: ou a “vontade individual” traduzida no contrato ou a lei de origem parlamentar, estritamente considerada. Essa função produtiva se espalha – em *medidas de intensidade diversas* – às obrigações nascidas de negócios jurídicos, de deslocamentos patrimoniais sem causa que geram o dever restitutivo e da produção de danos injustos.

No que tange às relações obrigacionais derivadas de *negócios jurídicos* (ou implicadas numa relação pré ou pós negocial) duas direções devem, ao meu juízo, ser entrelaçadamente seguidas. Do ponto de vista *dogmático*, é preciso, antes de mais, compreender *funcionalmente* a relação obrigacional como relação de cooperação, polarizada pelo adimplemento, entendido este como a prestação satisfativa dos direitos de crédito. Da perspectiva *do método hermenêutico* é necessário ter em conta a *complexa coligação* entre a boa-fé e os demais princípios incidentes àquela relação, pois a relação entre princípios é sempre uma relação de ponderação e de “precedência condicionada”<sup>67</sup>. Vejamos, coligadamente, ambos os direcionamentos.

---

clausola di buona fede (*In: Il Nuovo Diritto dei Contratti: Buona Fede e Recesso dal Contratto, Europa e Diritto Privato*, Milão: Giuffè, fasc. 4, 2003, pp. 797-817.) Acerca da “revalorização” da boa-fé no direito contratual europeu (por meio, nomeadamente, dos Princípios UNIDROIT e Princípios da Comissão Lando), v., entre outros: STORME, M. Good faith and contents of contracts in European private law; ECKL, Christian. Algunas observaciones alemanas acerca de la buena fé em el derecho contractual español: de principio general del derecho a clausula general; IZQUIERDO, B. V. La interpretación de los contratos a partir de los principios contractuales europeos, todos em ESPIAU, S., e VAQUER ALOY, A. *Bases de un Derecho Contractual Europeo – Basis of a European Contract Law*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, respectivamente pp. 17-30; 41-52 e 245-260. Sobre a linguagem da boa-fé e sua “textura aberta” v. CHAMBORENDON, Anthony. La “texture ouverte” d’un code européen du droit des contrats. *In Journal du Droit International*, n. 1, 2001, pp. 5-70.

<sup>66</sup> Usei o primeiro termo em *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 27. De “evolução” e “eversão (*eversione*)”, afirmando a primeira e negando a segunda, trata BUSNELLI, Francesco Donato, *Note in tema di Buona Fede ed Equità*, Rivista di Diritto Civile, anno XLVII, n. 5, 2001, p. 544.

<sup>67</sup> Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto G. VALDÉS. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86 e ss.

O sintagma boa-fé indica, na relação obrigacional, o “teor geral da cooperação intersubjetiva” que há de dar-se entre as partes com vistas ao adimplemento<sup>68</sup>. É que esta cooperação implica, como averbou Menezes Cordeiro,

“dada a sua natureza de Direito inserido em determinada sociedade, *um certo tipo de colaboração*: uma colaboração informada pelos valores próprios da ordem jurídico-econômica considerada<sup>69</sup>”.

Isto é: a colaboração devida, em razão da boa-fé, não há de ser uma “qualquer colaboração”, mas uma colaboração pautada pela finalidade econômico-social do negócio; pelo regramento legal incidente, ou pelo regramento negocial acaso pactuado, ou decorrente dos usos, no espaço que lhes é concedido ordem jurídica; pelos princípios constitucionais informadores da ordem econômica e os demais princípios do Direito das Obrigações, de modo especial pelo *respeito à legítima confiança* que, como valor social de base, explica e garante a vinculabilidade jurídica.

Estão instrumentalizados a essa mútua colaboração certos deveres de consideração, proteção e cooperação, deveres positivos e negativos, tais como os deveres de informação e esclarecimento; de lealdade em sentido amplo (vedando, por exemplo, a contraditoriedade desleal, ou

---

Também DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Tradução espanhola de Marta Guastavino (*Los Derechos en serio*): Ariel, Barcelona, 1989, p. 75 e ss.

<sup>68</sup> Como sugere a Sociologia, os negócios, em sentido amplo e a própria prática de uma “negociação” são instrumentos do fenômeno social da cooperação vista como *interatividade*. (Assim, ELSTER, Jon. *Peças e Engrenagens das Ciências Sociais*. Tradução de Trânsito, A. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 161). Transposta essa noção para o Direito contratual (que é emanação de interatividades), poderemos afirmar que a existência de uma tripla instrumentalidade: a cooperação em si mesma é instrumental à interatividade; os negócios jurídicos, em especial os contratos, são instrumentais à viabilização da interatividade no campo econômico; e os “deveres de cooperação”, nos contratos, conformam a cooperação e a implementam.

<sup>69</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M. *Direito das Obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980. v. 1. p. 143, grifos originais.

da criação de gravame desnecessário ao co-contratante); deveres de sigilo; deveres de segurança, etc. O importante é perceber que sua aplicação opera de *forma escalonada* tendo em conta a concreta relação jurídica de base. Diversa será a atuação da boa-fé na produção de deveres de tutela, consideração e cooperação conforme se tratar de negócios paritários tipicamente bilaterais; de contratos fiduciários; dos que estão enucleados numa base comunitária; ou de negócios que têm em vista a realização de interesses suprapessoais. Como ensinou Couto e Silva, nos primeiros, o interesse, conferido a cada participante da relação jurídica (*mea res agitur*) “encontra a sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos”, pois a relação está estruturada em *interesses contrapostos*, embora convergentes, (de modo que) “o princípio da boa-fé opera, aqui, significativamente, como mandamento de consideração<sup>70</sup>”.

Maior é a intensidade dos deveres decorrentes da boa-fé quando os interesses em jogo não são contrapostos, mas quando se verifica uma atividade em proveito alheio: nos acordos de gestão, nos negócios fiduciários em geral “o dever de levar em conta o interesse da outra parte (*tua res agitur*) é o conteúdo do dever do gestor ou do fiduciário”. Também assim ocorre – conquanto em outra escala – nos contratos cuja racionalidade e funcionalidade econômico-social não são compreensíveis em termos atomísticos, nem de contatos interindividuais mas, tão-somente, perspectivando-se a convergência de *interesses de uma inteira comunidade*. Assim, por exemplo, os contratos de seguro ou os que visam assegurar a previdência privada, ou os de consórcio para a aquisição de bens. Nesses casos, a boa-fé, como emanção do dever de consideração aos interesses *comuns*, poderá assegurar a prevalência desses interesses aos interesses individuais dos consorciados, funcionando, então, articuladamente ao princípio da função social dos contratos<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> COUTO E SILVA, C. *A Obrigação como Processo*, São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 30.

<sup>71</sup> CC, art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Mais intensa, ainda, será a incidência dos deveres de cooperação, consideração, tutela e lealdade quando as relações obrigacionais marcadas pela comunhão de escopo, como as relações de sociedade: então, a cooperação se manifesta em sua plenitude (*nostra res agitur*). Aqui, ensinou Clóvis do Couto e Silva, “cuida-se de algo mais do que a mera consideração, pois existe dever de aplicação à tarefa suprapessoal, e exige-se disposição ao trabalho conjunto e a sacrifícios relacionados com o fim comum”<sup>72</sup>. O intérprete, porém, não deve enganar-se pelo nome do ajuste, por sua forma: deve descer ao fato para averiguar como estão estruturados os mútuos interesses.

O exame casuístico conduzirá a perceber a incidência de outros princípios contratuais que igualmente graduam a incidência da boa-fé, abrindo a porta para que ingressemos na segunda das direções antes pontuadas. Se, no âmbito das relações de consumo entram no “jogo de ponderações” com a boa-fé direcionamentos não de todo coincidentes com os caminhos acima traçados (pois atuam, então, a presunção de vulnerabilidade do consumidor e o princípio da sua proteção), no universo multifacetado das relações civis terão papel ativo outros princípios que, necessariamente, deverão ser *compostos* com a boa-fé, muitas vezes em polaridade dialética ou relação de tensão.

No âmbito negocial atuará a boa-fé em composição com o princípio da *autonomia privada* que, tal qual posta no Código Civil, pode ser qualificada como *autonomia solidária* pois o art. 421 coliga a liberdade de contratar com o princípio da função social do contrato<sup>73</sup>. Para além

---

<sup>72</sup> COUTO E SILVA, C. *A Obrigação como Processo*, São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 31.

<sup>73</sup> Porém, cabe à jurisprudência brasileira ainda fazer o trânsito da antiga concepção voluntarista e patrimonialista que revestia o princípio da autonomia privada (pré-compreendido como “poder da vontade”) para uma concepção renovada que, ligando-o intrassistematicamente à proteção da personalidade (os Direitos de Personalidade foram previstos no Código Civil, arts 11 a 21) passa a conferir a este princípio o papel de meio ou instrumento para a tutela da personalidade, em geral, e a concretização do livre desenvolvimento da personalidade humana. (Acerca da pré-compreensão do princípio na jurisprudência v. a pesquisa de PARGENDLER, Mariana de Souza. *A Ressignificação do Princípio da Autonomia Privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa*. In: *Jovens*

do princípio da *função social*, poderão atuar os princípios da *atipicidade* e o da *equidade* e, naturalmente, o *princípio da responsabilidade*<sup>74</sup> que obedece, por sua vez, a imputações diversas, conforme a concreta situação de vida apreendida pelo Direito. Incidirão também em medidas variáveis (só apreensíveis no caso) os princípios constitucionais da *liberdade de iniciativa econômica* e da *livre concorrência*. Por isso é o princípio da boa-fé objetiva é, efetivamente, paradigmático da “heteronomia não-autoritária”, na medida em que, traduzindo um *modelo de comportamento* não-enrijecido, mas apto a moldar-se segundo as circunstâncias concretas, dá o *critério* para a valorização judicial do comportamento, e não uma rígida *solução prévia*<sup>75</sup>.

No que concerne às relações obrigacionais derivadas de um *deslocamento patrimonial sem causa* a boa-fé se articulará com o princípio restitutivo nas variadas facetas atinentes às categorias que compõem

---

*Pesquisadores – diversidade do fazer científico.* (org.) CRUZ, T. e ROCHA, M. Porto Alegre. UFRGS Editora, 2003, pp. 91-116). Acerca das significações que vêm sendo atribuídas ao princípio da função social do contrato v. AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado. Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento. Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana de Terceiro que Contribui para o Inadimplemento Contratual. In *Revista dos Tribunais*, v. 750, São Paulo, abril de 1998, p. 113-120.; NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. 205 et seq; REALE JÚNIOR, Miguel. Função Social do Contrato: Integração das Normas do Capítulo XV com os Princípios e as Cláusulas Gerais. In. *Estudos de Direito do Seguro – III Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS, 2003, pp. 35-55; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Princípios de Direito das Obrigações no novo Código Civil. In: *O Novo Código Civil e a Constituição*. (org.) SARLET. Ingo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 107-115. FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In. *O Novo Código Civil e a Constituição*. (org.) SARLET. Ingo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 127-198 e o nosso *Notas sobre o Princípio da Função Social dos Contratos*. *Revista Literária de Direito*. Ano X, n. 53, agosto-setembro de 2004, São Paulo, 2004, pp. 17-2130.

<sup>74</sup> ASCARELLI, Túlio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 69.

<sup>75</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 42.



o instituto do enriquecimento sem causa, ora também acolhido expressamente pelo Código Civil<sup>76</sup>, bem como com os princípios (implícitos) do equilíbrio e da comutatividade. Finalmente, no campo da responsabilidade por dano extracontratual o intérprete encontra a expressa remissão do art. 927 (obrigação de indenizar) ao art.187 que versa, na Parte Geral, a ilicitude no exercício da posição jurídica, como melhor examinarei oportunamente (item c, *infra*).

### **b) Boa-fé como comando hermenêutico e integrativo do contrato**

Quanto à atuação da boa-fé como comando hermenêutico e integrativo, quatro pontos chamam a atenção.

Em primeiro lugar, destaca-se o fato de o art. 113<sup>77</sup> vir posto na Parte Geral como cânone de interpretação de *quaisquer* negócios jurídicos – não só, portanto, negócios obrigacionais, mas também negócios de Direito Patrimonial de família, Direito Sucessório e Direitos Reais. Sublinha-se a importância de uma interpretação segundo a boa-fé objetiva – como *standard* de comportamento probo e leal – em acordos de separação entre cônjuges; na interpretação de pactos antenupciais; ou mesmo no que diz com a conduta processual das partes em litígios familiares, com o fim de obstar a contraditoriedade desleal. Já se decidiu, acertadamente, ferir a boa-fé o cônjuge que havia firmado pacto de liquidação da sociedade conjugal e – conquanto reconhecesse havê-lo firmado e iniciado o seu cumprimento – viesse, posteriormente, buscar sua nulidade por vulneração à ordem pública<sup>78</sup>. No Direito Sucessório

<sup>76</sup> CC, arts 884 -886. Estabelecendo a ligação com a boa-fé e com os deveres de cooperação, v. NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem Causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 149 e ss.

<sup>77</sup> Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração

<sup>78</sup> Decisão transcrita em *Tratado de la Buena Fé en el Derecho* (org. CÓRDOBA, Marcos; GARRIDO CORDOBERA, Lidia; e KLUGER, Viviana). Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2004, p.p. 574-583.

seria contraditório e desleal (e, portanto, apanhado pela eficácia “limitante” ou “paralisante” da boa-fé) o comportamento de quem se habilitou à sucessão paterna e, sem abrir mão dos respectivos direitos hereditários postulados na condição de filho, busca, concomitantemente, habilitação em outra sucessão – agora, visando beneficiar-se da herança de outro “pai”, alegando ser esse o seu “pai real”, sendo o primeiro o “pai adotivo”, mas assumindo, para efeitos patrimoniais *post mortem*, a condição de filho de ambos<sup>79</sup>.

Essas considerações levam a examinar o segundo ponto, qual seja, o caráter da regra, se meramente subsidiária ou dotada de valência própria.

Não devemos ignorar a importância que tem a inserção da boa-fé no texto legal – e justo na Parte Geral do Código Civil – no campo de função hermenêutico-integrativo. Essa inserção demonstra, ao nosso juízo, a valência própria da boa-fé como critério hermenêutico e integrativo. Numa época em que, na dogmática civilista, foram abandonadas as teorias voluntaristas e, na Teoria do Direito, percebe-se que o Direito é o que *resulta da interpretação*, não se pode confinar a boa-fé ao papel de uma regra meramente subsidiária ao estatuído pela “vontade das partes”.

Coligado a esse ponto (e também à problemática dos “deveres anexos”) está, em terceiro lugar, a função propriamente integrativa (e não apenas hermenêutica). Realizado o correto discrimine entre a cláusula geral da boa-fé e o juízo por equidade<sup>80</sup> discute-se, por exemplo, se a boa-fé, como integração ao regulamento contratual, é capaz de produzir o dever de renegociação nos contratos de longa duração, como se houvesse uma implícita cláusula de *hardship* no contrato<sup>81</sup>, e até que ponto será lícita a integração pelo juiz (ou pelo árbitro). Também aqui

---

<sup>79</sup> Hipóteses que referi em: A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Experiências do Direito*. (org.) REALE, M., REALE JR., M., e FERRARI, E. São Paulo, Millenium, 2004, pp. 23-62.

<sup>80</sup> V. nota 51, *supra*.

<sup>81</sup> ALPA, G. La Buena Fé Integrativa. Notas acerca de la dirección parabólica de las cláusulas generales. In *Tratado de la Buena Fé em el Derecho*. (org. CÓRDOBA, M., CORDOBERA, Lúdia M. G., e KLUGER, Viviana). Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 177-178.

não cabe, ao meu juízo, resposta taxativa e unívoca: novamente a “diretriz da concreção” é chamada a atuar. A função integrativa está amarrada à concreta função econômico-social do contrato, isto é, a sua “causa” concreta, e não abstrata (como seria a consideração de idêntica causa para todos os negócios de um mesmo tipo). Aliás, há precedente no STJ que, conquanto não impositivo do “dever de renegociar” decidiu, amparado na boa-fé do art. 131, I, do antigo Código Comercial e na concreta finalidade econômico social do negócio (fornecimento futuro de laranjas), nulificar cláusulas contratuais em contrato de longa duração que restara desequilibrado em razão da “modificação substancial do mercado”<sup>82</sup>, de forma que, em razão dessas modificações a cláusula do preço sujeitava-se ao arbítrio de uma das partes.

Demais disto, a função integrativa não está afastada da consideração dos usos, também aludidos no art. 113, que coliga a boa-fé e os “usos do lugar da contratação do negócio”, assim denotando – mais uma vez – a exigência de concreção. Trata-se – é bom sublinhar – dos usos “do lugar da contratação”, portanto, indicativamente (embora não de forma excludente) aí se alude aos “usos negociais” do lugar da contratação.

A doutrina distingue, tradicionalmente, entre os “usos negociais” e os “usos normativos”, entendidos, esses últimos, como critérios de integração da lei que correspondem, para além do longo tempo, ao elemento da *opinio iuris ac necessitatis*. Têm-se, aí, os usos como fonte de produção jurídica. O art. 113 direciona, porém, aos usos como critério hermenêutico. Abrange, assim, aqueles elementos de fato implicitamente considerados na declaração negocial; as práticas comerciais de um determinado setor; cláusulas habitualmente utilizadas em determinados setores da economia ou “ramos do comércio” ou por

---

<sup>82</sup> STJ, RESP 256456 / SP; Quarta Turma, J. em 22/03/2001. In: DJ 07.05.2001 p. 00147, cabendo transcrever a ementa, como segue: Compra e venda. Laranja. Preço. Modificação substancial do mercado. O contrato de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas (laranja) não pode lançar as despesas à conta de uma das partes, o produtor, deixando a critério da compradora a fixação do preço. Modificação substancial do mercado que deveria ser suportada pelas duas partes, de acordo com a boa-fé objetiva (art. 131 do CComercial). Recurso conhecido e provido.

categorias profissionais<sup>83</sup>. Coligados à boa-fé subjetiva (de quem “acreditou” no *id quod plerunque accidit*) e à boa-fé objetiva (como *standard* de conduta leal) os usos terão, na acepção do art. 113, função integrativa da *fattispecie* contratual, não apenas para a colmatação de lacunas mas, inclusive, com possibilidade de derogar normas dispositivas, além da função propriamente interpretativa.

Para além desses quatro pontos, cabe registrar que referência expressa no texto legal tem a função suplementar – e absolutamente não descurável – de funcionar como espécie de “lei de referência” para a sistematização – ou a re-sistematização – de casos que, de outra forma, estariam dispersos, dificultando a pesquisa e o exame crítico por parte da doutrina, e, assim, dificultando o progresso do Direito, que exige a comparação entre casos e a ponderada reflexão sobre os argumentos utilizados na sentença, tendo a *distinção* como técnica inafastável.

### c) Boa-Fé e Ilicitude

Creio que a mais inovadora feição da boa-fé no Código Civil brasileiro está na regra do art. 187<sup>84</sup>, que traça os lineamentos da ilicitude de meios, ou ilicitude de exercício. Não é, contudo, apenas a mais inovadora. É também a que melhor oferece possibilidades de um ponto de vista *prospectivo*, tendo em vista a formação de um novo modelo de ilicitude civil.

Nos antecedentes do art. 187 comparecem tanto a doutrina germânica acerca do exercício inadmissível de posição jurídica quando precedentes legislativos no Direito Comparado que exprimem a boa-fé pelo viés do *abuso de direito*. Assim expressam tanto o art. 281 do

---

<sup>83</sup> ALPA, G., FONSI, G. e RESTA, G. In: *L'interpretazione del contratto – Orientamenti e Tecniche della giurisprudenza*. Milão: Giuffrè, 2.º ed., 2001, p. 158-159.

<sup>84</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Código Civil da Grécia<sup>85</sup> quanto o art. 334 do Código Civil Português<sup>86</sup>. Porém, novamente aí seria indevido pensar-se em mero transplante de soluções alheias. Embora o texto do art. 187 seja similar ao do art. 334 do CC Português *o contexto legislativo* no qual inserida a regra é diverso.

No Código Civil brasileiro o texto está posto em capítulo que trata da *Ilicitude dos Atos Jurídicos*. No Código Civil português o art. 334 está contido no (subtítulo IV) que versa: – *Do Exercício e Tutela Dos Direitos*. Por isso é que a doutrina portuguesa não trata o texto do art. 334, nos livros e manuais, como espécie de *ilicitude*, mas como *espécie autônoma*, atinente ao exercício de direitos subjetivos, discernindo, como é corrente desde o início do séc. XX, entre *ilicitude* e *abuso*<sup>87</sup>. Porém, a diversa topografia de uma e de outra regras, leva a diferentes conseqüências: no vigente Direito brasileiro, conduz à *ilicitude*; e no art. 334 português, à nulidade, tal qual ocorre com a abusividade prevista no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

Em vista desses elementos de ordem sistemática e comparativa, creio ser imprescindível distinguir entre as hipóteses de abuso de direito; de exercício inadmissível de posição jurídica, como espécie de *ilicitude*; e a hipótese de “abusividade contratual”, tal qual formulada no CDC<sup>88</sup>.

A principal distinção de ordem prática entre o abuso de direito e o exercício inadmissível de posição jurídica está em que esse último

---

<sup>85</sup> Art. 281: «Est un abus l'exercice d'un droit qui excède les limites de la bonne foi ou de l'objet de ce droit».

<sup>86</sup> Art. 334: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social e econômico desse direito”.

<sup>87</sup> Foi necessária essa distinção, devida aos “socialistas jurídicos” dos finais do séc. XIX e início do séc. XX, como Gèny e Saleilles, porque a noção de *ilicitude* como “delito civil” vinha amarrada, indissolavelmente, à idéia de culpa.

<sup>88</sup> Em regra a doutrina não realiza tais distinções, mesmo entre os que propõem uma “concepção renovada” da figura do abuso. Confira-se VIEIRA DE MELLO, Heloisa Carpena. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 307-322.

*prescinde da culpa como elemento do suporte fático da regra*<sup>89</sup>. Como observou Maria Cláudia Mércio Cachapuz a propósito do art. 187 do Código Civil,

“O ilícito como fonte de obrigações civis passa a ter um espaço de incidência mais amplo, capaz de abranger não apenas a contrariedade à direito decorrente de culpa imputável a alguém, mas toda e qualquer conduta que possa estar em contradição ao Direito por se sujeitar à necessidade de composição de liberdades humanas na sociedade<sup>90</sup>”.

Trata-se de uma *ilicitude situada*, derivada dos meios (ou do modo) pelos quais é o direito subjetivo exercido, sendo objetiva, porque – em contraponto à *ilicitude subjetiva*<sup>91</sup> – não perquire a voluntariedade do ato, mas atém-se à desconformidade com a norma legal que determina a verificação, *in concreto*, da concordância, ou não, entre o ato (comportamento) e certos valores ou finalidades tidos como relevantes pelo Ordenamento, tais como a conduta segundo a boa-fé, a adstrição ao

---

<sup>89</sup> Conquanto qualificando a espécie do art. 187 como “abuso de direito”, afastam a culpa de seus elementos LOTTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. Parte Geral (arts. 1.º a 232). Vol. I. São Paulo. Saraiva, 2003, p. 504 e ULHOA COELHO, Fabio. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1. São Paulo, Saraiva, 2003, p.p. 363-364. Em posição divergente, THEODORO JR, H. *Comentários ao Novo Código Civil – Dos Defeitos do Negócio Jurídico ao Final do Livro III*. Vol. III, Tomo II. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 125-127.

<sup>90</sup> CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. *A proteção à intimidade e à vida privada orientada no discurso jurídico: contribuição de leitura ao novo Código Civil*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 12.02.2004, no prelo.

<sup>91</sup> A antijuridicidade, num sentido amplo, compreende tudo aquilo que não deve ser, constituindo violação de dever jurídico. Mas essa violação não precisa ser culposa. Basta que seja imputável, isto é, atribuível, ocorrendo essa atribuição segundo variados critérios (por culpa; por dever de segurança; por dever de manutenção da confiança; por dever de garantia “haja o que houver”; por risco, etc). A *ilicitude* é subjetiva quando, valorativamente, a norma determina como critério de imputação que se verifique se houve ou não, subjacente ao ato ou conduta, uma *voluntariedade e consciência* (v. PESSOA JORGE, Fernando. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1999 (reimpressão), p. 62 e ss).

fim econômico-social do negócio jurídico ou a obediência aos bons costumes. Esses valores têm, contudo, *diferentes medidas de intensidade*, a serem sopesadas no caso em vista da totalidade das circunstâncias, confrontando-se as condutas em exame. Em outras palavras: se o direito subjetivo é atribuído *com certas configurações* (que modelam e modulam o dever-ser), não haverá adstrição ao direito (isto é, licitude), mas concreta antijuridicidade (*rectius*: ilicitude) se o direito for *exercido* em manifesta desconformidade com aquelas configurações<sup>92</sup>.

Essas configurações (nomeadamente, a adstrição à boa-fé, aos bons costumes e ao fim econômico-social do direito) atuam com balizas ou “metros” a serem mensurados no caso concreto, pois a atenção é dada, na ilicitude de meios, ao *momento do exercício do direito subjetivo e aos meios empregados para tal*. Com razão, assim, Maria Cláudia Cachapuz que, também rejeitando a qualificação do art. 187 como “abuso de direito” – e enquadrando-o como norma que veda o exercício inadmissível de posição jurídica – esclarece o seu *modus operandi*:

“Não se retira do exame de uma situação concreta pressuposta a sua perspectiva ideal quanto à existência de um direito geral de liberdade, em abstrato, apenas se reconhece que, formalmente, pode tal direito ser relativizado quando tomado no nível dos princípios, a fim de que seja confrontado com outros direitos também pressupostos de forma geral<sup>93</sup>”.

Essa compreensão permite romper com a lógica que guiava tanto a identificação entre ilicitude e culpa (visualizando, nessa última, um dos “elementos” do ilícito), quanto a figura do abuso de direito, amarrada, ainda, à perspectiva voluntarista e cercada, no Direito brasileiro,

---

<sup>92</sup> Hipóteses que referi em: A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Experiências do Direito*. (org.) REALE, M., REALE JR., M., e FERRARI, E. São Paulo, Millenium, 2004, pp. 23-62.

<sup>93</sup> CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. *A proteção à intimidade e à vida privada orientada no discurso jurídico: contribuição de leitura ao novo Código Civil*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 12.02.2004, no prelo.

por peculiaridades técnicas e culturais, essas ainda claramente perceptíveis em grande parte da doutrina, conquanto a advertência, ainda em 1935, de Pedro Baptista Martins (fortemente influenciado pela concepção de François Gèny) segundo o qual “*inserir o abuso do direito na noção de culpa é empresa arriscada e inútil*”<sup>94</sup>. Aliás, mesmo quando é vista ao modo “objetivo” ou “renovado”, a figura do abuso – como a própria denominação indica – não se afasta da concepção segundo a qual os limites ao exercício dos direitos são *externos ao próprio direito*, tanto assim que, havendo a corrupção do uso em abuso, deve a ordem jurídica reprimi-lo.

Distingue-se também a *fattispecie* do art. 187 da abusividade prevista nas regras do Código de Defesa do Consumidor, respeitante, fundamentalmente, às cláusulas abusivas em contratos firmados por adesão cuja consequência é a pronúncia de nulidade por parte do juiz. Já no Código Civil brasileiro, o tema é tratado no plano da *eficácia* (ilicitude). Portanto, não há que falar, no âmbito de incidência do art. 187, de “nulidade por abuso de direito”.

Ao ser situada no plano da ilicitude do exercício, a boa-fé, integrando a *fattispecie* do art. 187, contribui para *renovar o próprio conceito de ilicitude*, discernindo-se no gênero as duas espécies: a ilicitude

---

<sup>94</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. Rio de Janeiro. Forense, 1935 (1.ª edição; a referência supra é à 3.ª edição, 1997, p. 162 e ss). O Código de 1916 tratou da ilicitude numa cláusula geral (art. 159) que, estabelecendo a previsão genérica das condutas ilícitas, de caráter subjetivo, imputava ao agente a obrigação de reparar o dano, bem como numa regra lida *a contrario*, o inciso I do art. 160 indicativo de alguns casos de pré-exclusão de ilicitude. Dispôs, assim, não constituir “atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”. A proibição do abuso do direito se dava então por via reflexa, “quando a interpretação *a contrario sensu*, do artigo 160, I, 2.ª parte, leva a incluir o exercício irregular, anormal ou abusivo do direito, como ilícito absoluto, tal como se conceitua este no art. 159” (MORAES, Maria Amália Dias de. Do Abuso de direito. Alguns aspectos. In: *Revista Estudos Jurídicos*, n. 43, ano XVIII, Porto Alegre, 1985, pp. 5-32). A par dessa tortuosa construção legal, incidiu, na compreensão da regra, a influência da doutrina francesa. Tanto assim, percebe Ricardo SEIBEL DE FREITAS LIMA, que o art. 160, I, se referia ao uso irregular de um direito (In: *Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil, no prelo*). Para configurar essa “anormalidade” a jurisprudência exigia dolo ou, ao menos, intenção emulativa, como no STF – RE 22174 / RJ –.



subjetiva (art. 186), na qual a culpa é elemento do suporte fático<sup>95</sup> e a ilicitude “objetiva”, caracterizada pelo só fato da antijuridicidade concretamente verificável se ultrapassadas – no caso – as quatro “balizas” referidas pelo texto legal, entre elas, a boa-fé. O ilícito civil resta, por essa via, amarrado a uma perspectiva não-atomista da liberdade, supondo, pelo seu inverso (a categoria da licitude) a *coexistência de liberdades* na vida comunitária. Desse modo percebe-se a boa-fé não como um limite “externo” ao direito subjetivo, mas como elemento integrante do próprio modo de exercer-se o direito.

Para além de proporcionar a renovação da noção de ilicitude civil (distinguindo entre as duas espécies, a subjetiva e a objetiva) o art. 187 propicia compreender que a ilicitude objetiva pode ser vista de modo autônomo em relação à existência do dano, fonte do dever de indenizar. Há hipóteses de ilicitude civil sem dano efetivo, como a *ameaça* a direito de personalidade, ou a bem jurídico ambiental<sup>96</sup>, ou, ainda, em tema de bioética, com o que a noção de *prevenção* (e de um possível *dever preventivo* e de um *direito à prevenção*, fundados na boa-fé) ingressa no Direito Civil.

Como perceberam os processualistas antes dos civilistas, no movimento de revisão da categoria do ilícito está, em primeiro lugar, a distinção entre ato ilícito e fato danoso e, em segundo lugar, as novas necessidades de tutela processual de direitos não adequadamente tutelados pela via ressarcitória: anota com razão Marinoni – fundado nas descobertas dogmáticas da civilística italiana<sup>97</sup> – que a identificação

---

<sup>95</sup> Em vista do texto do art. 186 observa LOTTUPO: “Analisando o texto atual, podemos dizer que a caracterização do ato ilícito continua sendo pela culpa (que engloba o dolo, evidentemente), o nexo de causalidade entre o ato culposo e o dano, e este, o dano. (In: *Código Civil Comentado*. Parte Geral (arts. 1.º a 232). Vol. I. São Paulo. Saraiva, 2003, p. 497.

<sup>96</sup> Segundo o art. 225 da CF, o meio ambiente vem qualificado como “*bem de uso comum do povo*”.

<sup>97</sup> Com referências específicas a DI MAJO, A. *Forme e tecniche di tutela*. In: *Processo e tecniche di attuazioni dei diritti*. Nápoles. Jovene, 1989; MÖCCIOLA, Michele. *Problema del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza*. *Revista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 367 et seq; e SALVI, Cesare. *Il risarcimento del danno in forma specifica – Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Nápoles. Jovene, 1989.

entre ilícito e dano “*deixou no escuro outras possíveis formas de sanção civil do ilícito*”<sup>98</sup>. É justamente essa zona escura que o art. 187, aliado, no plano processual, às novas formas de tutela, visa iluminar.

Como já anotei em outra ocasião<sup>99</sup>, vigendo a “lógica proprietária”<sup>100</sup> e o patrimônio constituindo a categoria central do direito civil clássico, a doutrina elaborou a Teoria dos Atos Ilícitos em obediência à tradicional distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual: assim se estabeleceu a distinção entre o ilícito contratual, ou relativo, e o ilícito extracontratual (absoluto), sintetizado, este último, na expressão *neminem laedere* – ambas as noções sendo construídas a partir da noção de dano e de responsabilidade (contratual ou extracontratual) patrimonial. Em outras palavras: para a perspectiva tradicional, a ilicitude era não apenas examinada, mas era verdadeiramente construída, conceitualmente, a partir do seu efeito mais corriqueiro e geral, qual seja, a obrigação de indenizar por dano ao patrimônio.

Ora, as conseqüências dessa conexão, por assim dizer, automática foram grandes: em primeiro lugar, a ilicitude civil era vista, tradicionalmente, de forma amarrada à culpa, ao dano e à conseqüência indenizatória. Não era um conceito que valesse por si, que tivesse um campo operativo próprio, era mera “condição” da responsabilidade. Tanto assim é que, não apenas a letra do art. 159 do Código de 1916 assim dispunha, quanto o exame doutrinário da ilicitude era feito, modo geral, a partir do seu efeito “natural”, qual seja, o nascimento do dever de indenizar. Por esse viés, não apenas confundia-se a ilicitude com o elemento subjetivo (culpa) quanto a própria idéia de ilicitude restava limitada às hipóteses de “ilicitude de fins”, seja na violação aos direitos do parceiro contratual, seja na violação a direitos absolutos, pouco espaço restando

---

<sup>98</sup> V. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica – arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2.ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27 e ss. Do mesmo autor, v. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. 2.ª Edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>99</sup> Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil (estruturas e rupturas em torno do art. 187). In: [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br)

<sup>100</sup> A expressão é de MESSINETTI, Davide. Personalità (Diritti della), verbete. In: *Enciclopedia Giuridica Giuffrè*, Milão, 1984, p. 356.

para a ilicitude dos meios ou dos modos utilizados no exercício dos direitos subjetivos. Em segundo lugar, essa concepção não deixava espaço à percepção dos variados casos em que ocorre o nascimento do dever de indenizar independentemente da prática de um ato ilícito.

É justamente essa lógica que vem rompida pelo novo Código Civil, conectando-o, intersistematicamente, às regras processuais que contemplam as chamadas “tutelas de remoção do ilícito”, ou tutelas de inibição. Como acentua Marinoni,

“o direito de evitar a reiteração ou a continuação do ato ilícito, ou mesmo o direito de removê-lo, não se confunde com o direito à reparação do dano; o direito à inibição ou à remoção do ilícito não é, à toda evidência, um direito à uma tutela instrumental à tutela de reparação do dano. Quando se verifica que o ilícito e o dano abrem ensejo a tutelas diferenciadas, percebe-se com bastante nitidez que a tutela que inibe ou remove o ilícito não pode ser considerada um instrumento da tutela de reparação do dano”<sup>101</sup>

Não há dúvida, contudo, que a aplicação *mais corriqueira* do ilícito civil se dá no campo da obrigação de indenizar. Daí o terceiro nível da importância do art. 187, ao inserir a boa-fé no campo *da responsabilidade civil extracontratual*.

O art. 927 que cuida da “obrigação de indenizar”, também autonomizada na estrutura codicista, faz expressa remissão ao art. 187, ao situar a ilicitude como pressuposto da obrigação de indenizar. A boa-fé poderá atuar, nesse sentido, como *critério de ponderação* dos deveres gerais de *neminem laedere*, na responsabilidade civil extracontratual; como fundamento à responsabilidade pelo injusto recesso das tratativas, pela quebra da confiança legítima ou pelo exercício contraditório de posição jurídica.

Por estar situado na Parte Geral do Código Civil, o art. 187 (bem como o art. 113) aplica-se, por igual, às relações obrigacionais intra-

<sup>101</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica – arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2.<sup>a</sup> Edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 30.

empresariais, ora unificadas no Código. Para além da discussão da acerca da base contratual ou institucional da empresa, é certo que, em razão da estrutura codificada, ao menos esses dois textos têm incidência nesse campo jurídico, incidindo a boa-fé contratual (art. 422) em todas as operações empresariais que caracterizem contratos. É o que cabe ainda averiguar.

### III. As relações empresariais: boa-fé como mandamento de honestidade e informação.

Melhor do que ninguém Túlio Ascarelli expressou a heterogeneidade funcional que marca a sociedade anônima, estrutura jurídico-econômica voltada ao duplo escopo de reunir o maior volume possível de capital, distribuindo ações no mercado e bem gerir esse capital, tendo em conta, imediatamente, o interesse geral dos sócios e, mediatamente, o interesse da comunidade. Para tanto, disse Ascarelli, é preciso, de um lado, “a colheita de um grande capital através do apelo a numerosas camadas da população” e, de outro, a atribuição, a “um pequeno número de pessoas”, da administração da empresa<sup>102</sup>.

Aí está desenhada uma polaridade por vezes antinômica, mas que para realizar o valor constitutivo que dá unidade ao modelo jurídico societário, deve ser vista de modo complementar, realizando-se na *dialética da complementaridade*<sup>103</sup> entre os poderes conferidos ao acionista controlador e os direitos assegurados aos acionistas não-controladores. Bem por isso, percebe Calixto Salomão Filho<sup>104</sup>, o novo direito societário assenta-se no *princípio cooperativo*, constituindo a

<sup>102</sup> ASCARELLI, Túlio. Usos e Abusos das Sociedades Anônimas. In: *Revista Forense*, fasc. 460. Rio de Janeiro, outubro de 1941, p. 10.

<sup>103</sup> A noção de dialética da complementaridade foi desenvolvida por Miguel REALE, notadamente em *Experiência e Cultura*. 2.<sup>a</sup> Edição. Bookseller, Campinas, 2000.

<sup>104</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo Direito Societário*. 2.<sup>a</sup> edição, reformulada. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 54.

cooperação, o “elemento central”, – elemento substancial, e não meramente formal –, que se põe como valor constitutivo das sociedades anônimas.

Ao referir o art. 422 do Código Civil observei como o valor “cooperação” (situado no campo axiológico) manifesta-se no Direito como princípio, então atuando no campo deontológico por meio da cláusula geral da boa-fé objetiva. As suas particularidades, no Direito Societário, situam-se em dois pontos, a saber: o caráter estrutural ou substancial do princípio da cooperação<sup>105</sup>; e o direcionamento da cooperação à boa-fé como regra de lealdade intra-societária e como fonte dos deveres de informação. É a esses que volto a minha atenção, particularizando o exame das funcionalidades da boa-fé na responsabilidade dos administradores e na oferta pública de ações.

#### a) Boa-fé e responsabilidade dos administradores.

Conquanto a legislação brasileira contemple desde a década de 70 (quando editada a vigente Lei Acionária<sup>106</sup>) certa ênfase na responsabilidade de gerentes, administradores (em sentido amplo) e controladores, creio que, na medida em que as virtualidades do novo Código Civil se tornarem mais conhecidas, mais intensa será essa ênfase. Como sublinha Wald, ao referir às novas práticas que, aqui e alhures, vem pautando a vida empresarial<sup>107</sup>, busca-se um regime jurídico que defina

---

<sup>105</sup> Entendo que o princípio da cooperação é *estrutural*, é elemento substancial à transformação da estrutura societária em verdadeira *Gestalt* – unidade dinâmica e polarizada no sentido de um mesmo valor constitutivo. Opera, assim, concomitantemente, como elemento unificador da empresa e como chave de leitura da análise que distingue, funcionalmente, entre os diferentes *papéis assumidos pelos acionistas* em relação à estrutura societária. Há, pois, intensidades de dever de colaboração, cabendo, sem sombra de dúvidas, a maior intensidade aos acionistas controladores e aos administradores, em sentido amplo.

<sup>106</sup> Lei n.º 6.404/76.

<sup>107</sup> No Brasil está na moda um anglicismo “indesejável e equivocado”, segundo Wald, qual seja, “Governança Corporativa”. Mas se é indesejável o anglicismo, não é o fenômeno que a expressão denota. Trata-se, como sublinhou ainda Wald, de designar

“os poderes e as garantias dadas aos integrantes da entidade, visando ao funcionamento eficiente da estrutura societária e à atuação dos agentes conforme o princípio geral da boa-fé e da ética<sup>108</sup>”.

Na base dessa mudança de ênfase (que é econômica e cultural) está a passagem de uma forma econômica patriarcal, individualizada, nacionalizada, centralizada e fundada na identificação entre poder proprietário e poder de controle, a uma forma econômica “anônima”, globalizada, tendendo à descentralização, à pulverização dos seus membros e à dissociação entre os poderes do proprietário e do controlador<sup>109</sup>. Uma tal passagem<sup>110</sup> não se faz sem reflexos na compreensão do “como” se deve administrar uma sociedade anônima, dos deveres em relação aos acionistas e ao mercado e dos princípios balizam tais deveres, assim suscitando uma nova leitura, ampliativa, dos deveres de diligência<sup>111</sup>, de um lado; e, de outro, inserindo novos deveres, como

---

a situação pela qual “o Estado de Direito reflete-se na sociedade anônima, traduzindo-se em sua organização e na dinâmica dos poderes no interior da empresa, no estabelecimento da adequada definição dos órgãos sociais e das respectivas competências, assim como dos direitos e deveres dos vários acionistas”. (WALD, Arnaldo. O Governo das Empresas. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. Vol. 15, p. 55). O fenômeno apresenta várias facetas, poucas, porém, tão expressivas quanto as relativas à responsabilidade dos administradores.

<sup>108</sup> WALD, Arnaldo. O Governo das Empresas. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. Vol. 15, p. 55.

<sup>109</sup> Por todos, COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro, Forense, 1983.

<sup>110</sup> Para o exame, cf. COMPARATO, Fábio Konder. A Reforma da Empresa. *Revista de Direito Mercantil*, n. 50, 1983, pp. 57-74; SALOMÃO FILHO, Calixto. Sociedade Anônima: interesse público e privado. *Revista de Direito Mercantil*. vol. 127, pp. 7-20.

<sup>111</sup> Entendidos, positivamente, como “deveres de boa gestão” (isto é: os administradores e os órgãos administrativos têm o dever de realizar do melhor modo possível os objetivos sociais e empregar do melhor modo possível os esforços para auferir benefícios para a sociedade) e, negativamente, como vedação à inércia. Em regra, são deveres de meios, não de resultados: os acionistas não podem exigir dos administradores que tenham uma “perspicácia sem falha” mas podem exigir que a administração cumpra com seriedade suas tarefas e não adote medidas evidentemente não-razoáveis (V. SCHOLASTIQUE, Estele. *Le Devoir de Diligence des Administrateurs de Sociétés. Droits français et anglais*. Paris: LGDJ, 1998, p. 198).

os de informação, ou maximizando o dever de lealdade, para direcioná-lo à boa-fé objetiva.

O dever de informar do administrador plasma-se em três vertentes: o dever de *se informar*; o de *informar aos demais acionistas*; e o de *informar a terceiros* (ao “mercado”). A primeira vertente está ligada imediatamente ao dever de diligência<sup>112</sup>, e só mediatamente ao dever de lealdade, por isso, cabe examinar as outras duas, conectadas diretamente ao comportamento segundo à boa-fé.

Os deveres de informar são nitidamente instrumentais, buscando, concomitantemente, reduzir a assimetria informativa entre as diversas classes de acionistas, bem como proporcionar a igualdade perante a informação, a fim de lograr o *consentimento informado* de acionistas e terceiros que venham a negociar com a companhia ou a ser atingidos pelos seus atos. Como lembra Wald,

“o controlador não é mais o dono da sociedade, como ocorria no passado, tendo, ao contrário, deveres e obrigações em relação a todos os demais acionistas e outros interessados”<sup>113</sup>.

O *telos* do dever de “transparência” e completude das informações publicadas ou fornecidas por qualquer modo é proporcionar aos demais acionistas o consentimento informado às operações societárias e a igualdade de acesso a essas informações. As informações sobre fatos importantes nas companhias abertas devem ser amplamente divulgadas, evitando-se “a formação de canais privilegiados de conhecimentos relevantes de fatos da vida social”<sup>114</sup>, para garantir o livre acesso de todos às informações e, por consequência, assegurar que seja realmente

---

<sup>112</sup> A jurisprudência francesa afirmou que o administrador tem o dever – a partir do momento em que aceita assumir esse cargo – de exigir toda a liberdade e meios necessários, e age com culpa se permanece na sua função sabendo que não tem condições de desempenhá-la utilmente. Há um dever de se informar implícito nas suas responsabilidades de gestão. (SCHOLASTIQUE, Estele. *Le Devoir de Diligence des Administrateurs des Sociétés. Droits français et anglais*. Paris: LGDJ, 1998, p. 212).

<sup>113</sup> WALD, Arnoldo. Os Preferencialistas e o Código Civil. *Valor Econômico*, 18.03.04.

<sup>114</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A regra do sigilo nas ofertas públicas de aquisição de ações. In: *Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 335

“livre” o acordo dado às operações societárias. A *full disclosure* constitui, pois, um dos pilares nos quais assentado o sistema normativo das companhias<sup>115</sup>, servindo para afastar os malefícios do *insider trading* e da manipulação delituosa de informação no mercado de capitais.

O dever de informar atua com intensidade em relação aos minoritários (como igualdade de acesso perante a informação) encontrando amplo leque expressão nas determinações legais administrativas, mas nela não se esgotando. A disciplina informativa também pode ser exemplificada por meio da contrapartida do dever de informar, qual seja, o *dever de sigilo* a que estão adstritos os administradores (em sentido amplíssimo), bem como todos aqueles que, intervindo direta ou indiretamente na preparação de negócios societários, sejam detentores de informações privilegiadas. Fazer informação inverídica sobre fato importante ou deixar de declarar fato importante – fato esse necessário, a fim de evitar que as declarações feitas, à luz das circunstâncias em que foram feitas – não fossem enganadoras<sup>116</sup>, constituem, afinal, as duas faces de uma mesma moeda. Esse dever opera relativamente a quaisquer informações que se possam caracterizar como “privilegiadas” e que, se difundidas inadequadamente, possam gerar especulações com efeitos nocivos ao mercado<sup>117</sup>, gerando, a sua infração, responsabilidade objetiva<sup>118</sup>, seja negocial, seja extra-negocial, essa última na relação com terceiros.

<sup>115</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A regra do sigilo nas ofertas públicas de aquisição de ações. In: *Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 336.

<sup>116</sup> COMPARATO, Fábio Konder. “Insider Trading”: sugestões para uma moralização do mercado de capitais. In: *Revista de Direito Mercantil*. vol. 2, 1971, p. 43.

<sup>117</sup> EIZIRIK, Nelson. “Insider Trading” e Responsabilidade de Administrador de Companhia Aberta. *Revista de Direito Mercantil*. Vol. 50. São Paulo, 1983, pp. 42-56; ZANINI, Carlos Klein. A doutrina dos “fiduciary duties” no direito norte-americano e a tutela das sociedades e acionistas minoritários frente aos administradores das sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil*. Vol. 109. pp. 137-149”.

<sup>118</sup> Afirma Eizirik fundar-se tal responsabilidade na presunção de culpa (EIZIRIK, Nelson. “Insider Trading” e Responsabilidade de Administrador de Companhia Aberta. *Revista de Direito Mercantil*. Vol. 50. São Paulo, 1983, p. 53). Todavia, entendo caracterizada a responsabilidade objetiva, na forma do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, sendo a confiança o critério informador do nexo de imputação.



Como “probidade e correção” a boa-fé tem ampla atuação em caso de conflito de interesses, gerando o dever de elidir os conflitos, que é, naturalmente, dever de meios. Atua também com critério de mensuração do “abuso de poder” tal qual versado no art. 117 da Lei das Sociedades Anônimas, rol de deveres legais restritos ao acionista controlador e ainda fundados na velha doutrina do ato abusivo como ato emulativo. Pode ainda a boa-fé ampliar aqueles deveres legais: se é bem verdade que a relação exemplificativa do art. 117 caracteriza o abuso em relação ao fim visado, quando incidir o art. 187 do Código Civil teremos o exercício inadmissível da posição de administrador referentemente ao meio empregado. Assim seria, por exemplo, a adoção de determinada conduta – em si mesma lícita – que, pelo modo e pelas circunstâncias implicasse deslealdade aos demais sócios..

Na vida societária a boa-fé atua, por igual, na concretização da confiança no tráfego negocial, então tutelando “situações de confiança” e vedando o comportamento contraditório e desleal. Entre as “situações de confiança” está uma peculiar modalidade em que a boa-fé gera o dever de não ser fraudada a *confiança do mercado e dos acionistas não-controladores*. Trata-se do procedimento da oferta pública, por ocasião da alienação de controle de companhia aberta.

### b) Boa-fé e oferta pública de ações

As operações realizadas nos mercados financeiros de negociação de ações por meio de ofertas públicas<sup>119</sup> têm um suporte contratual inegável<sup>120</sup>, conquanto sua regulação específica se dê nas leis societárias

---

<sup>119</sup> Lei n.º 6.404/76, art. 254-A, *in verbis*: A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor páo por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.

<sup>120</sup> CORRAL GARCIA, Eduardo. *La Oferta de Contrato Al Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 25.

e em atos normativos<sup>121</sup>. A emissão, a venda ou a aquisição de valores mobiliários são negócios dirigidos à massa de investidores cujo escopo é a tomada de controle de uma sociedade mercantil por outra. Tais operações se apresentam como

*“una técnica o procedimiento consistente em que una o varias personas físicas o jurídicas anunciam publicamente a todos los accionistas de una sociedad que se comprometen durante un tiempo mínimo a adquirir sus acciones de esa sociedad a cambio de títulos o de dinero, a un precio generalmente superior al de mercado, y normalmente com el fin de, mediante dicha adquisición, lograr o reforzar el control de esa sociedad”<sup>122</sup>”.*

Em razão de suas próprias peculiaridades do procedimento de oferta pública de ações (OPA) está assentada em inegável assimetria informativa que se manifesta por ocasião da fase pré-negocial, quando as ações são oferecidas, razão pela qual surgem, para o emissor, deveres pré-contratuais derivados da boa-fé<sup>123</sup>. Por isso mesmo

---

<sup>121</sup> Presentemente, o procedimento ou técnica visando à aquisição de ações (OPA) vem regulado pela Instrução CVM n. 361, de 5 de março de 2002, ato normativo realizado como condição de eficácia de negócio jurídico de alienação de controle de companhia aberta, por força do art. 254-A da Lei 6.404/76. Pelos próprios termos empregados nessa Instrução normativa percebe-se que a aquisição pública de ações constitui uma técnica que se apóia em estruturas contratuais, ainda que o exercício da autonomia privada esteja fortemente condicionado por normas heterônomas e inderrogáveis *ex voluntate*, destinadas a assegurar a isonomia, o amplo acesso e a lisura do negócio. Não é estranha ao Direito privado a oferta ao público com o caráter de verdadeira proposta, e não o de mera *invitatio ad offerendum*: há *atividade negocial* em sentido próprio, embora sujeita à autorização da Comissão de Valores Mobiliários e aos requisitos estabelecidos pela lei e por atos administrativos normativos. Essa delimitação é relevante para determinar qual a feição da boa-fé que se manifesta no caso.

<sup>122</sup> SAÉNZ DE NAVARRETE, Zurita. *La Oferta Pública de Adquisición*, Madrid, 1980, apud CORRAL GARCIA, Eduardo. *La Oferta de Contrato Al Público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 85, nota 151.

<sup>123</sup> GRIMALDOS GARCIA, Maria Isabel. *Responsabilidad Civil derivada del folleto de emisión de valores negociables*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p.145 e ss. Alude

*“el deber de difundir informaciones impuesta legalmente a la sociedad emisora en ‘oferta pública’ constituye una especificación del deber general de información que incumbe a ciertos co-tratantes en la fase de formación del contrato”<sup>124</sup>.*

Aqui também se apresenta a informação ao modo instrumental para proporcionar aos investidores o consentimento informado à negociação e a igualdade de acesso a essas informações. Daí a lição de Comparato, para quem,

*“Consideram-se ‘transparentes’ as informações oriundas de um agente de mercado de capitais sobre valores mobiliários que tenciona lançar, distribuir ou adquirir, toda vez que tais informes se revestem de suficiente clareza e não omitem nenhum fato relevante. Têm-se como relevantes (material information) as informações suscetíveis de influir sobre a cotação dos papéis no mercado”<sup>125</sup>.*

Se bem que, em regra, incida na fase pré-negocial, antecedente à oferta, caracteriza-se o dever (de informação ou, conforme o caso, de sigilo) também na hipótese de não haver certeza, por parte do controlador, de que deseja realizar a operação de oferta pública, pois pode suceder que o mero anúncio da possibilidade do negócio favoreça manobras especulativas, causadoras de dano<sup>126</sup>. Conectada ao princípio

---

a autora à “profunda transformação” pela qual passa, em nossos dias, o princípio da autotutela, mormente quando ocorre a *assimetria informativa* entre as partes contratantes.

<sup>124</sup> GRIMALDOS GARCIA, Maria Isabel. *Responsabilidad Civil derivada del folleto de emisión de valores negociables*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 146-147.

<sup>125</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A regra do sigilo nas ofertas públicas de aquisição de ações. In: *Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 335.

<sup>126</sup> Com razão Fábio Comparato, ao assinalar que a regra do art. 260 é uma regra de responsabilidade civil. (COMPARATO, Fábio Konder. A regra do sigilo nas ofertas públicas de aquisição de ações. In: *Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 351).

da boa-fé, a regra do art. 260 da Lei societária<sup>127</sup> adquire, assim, interpretação ampliativa.

Observa-se, dessa maneira, a possibilidade de atuação da boa-fé posta nos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil com força expansiva e integrativa das disposições legais, corporativas e administrativas no Direito Societário e geral e, em especial, no Direito dos Valores Mobiliários. Embora lacunosa há, com efeito, uma verdadeira *disciplina informativa* do Direito dos Valores Mobiliários, a ser deduzida das leis societárias, das regulações corporativas e dos atos normativos dos órgãos administrativos (como a CVM) tudo integrando e concretizando o dever geral de boa-fé posto no Código Civil, com incidência na fase pré-negocial e na fase contratual propriamente dita<sup>128</sup>. Assim, e especificamente no que tange à oferta pública, a Instrução Normativa CVM n. 361 determina, no art. 4.º, inciso II, dever a OPA ser realizada “*de maneira a assegurar tratamento equitativo aos destinatários, permitir-lhes a adequada informação quanto à companhia objeto e ao ofertante, e dotá-los dos elementos necessários à tomada de uma decisão refletida e independente quanto à aceitação da OPA*”.

## Conclusão

Retomo as *idéias-força* com as quais inaugurei esse estudo, quais sejam, a impossibilidade de pensar o mundo social ao modo substancialista; e a necessidade de sua apreensão relacional.

O exame da boa-fé pelo viés funcional demonstra que as funções que lhe são atribuídas não são um “dado”, mas um *construído*, não existem “em si”, mas correspondem a desígnios práticos de uma sociedade hiper-complexa inclusive nas formas de desigualdade entre os

---

<sup>127</sup> Lei 6.404/74, art. 260, *in verbis*: “Até a publicação da oferta, o ofertante, a instituição financeira intermediária e a Comissão de Valores Mobiliários devem manter sigilo sobre a oferta projetada, respondendo o infrator pelos danos que causar”.

<sup>128</sup> GRIMALDOS GARCIA, María Isabel. *Responsabilidad Civil derivada del folleto de emisión de valores negociables*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 147.

seus múltiplos campos sociais. Nessa construção fundamental é ter em mente a perspectiva da *dogmática da boa-fé*, cuja utilidade será tanto maior quanto maior for a consciência dos seus fins e funções, do seu desenvolvimento e do contexto nos quais é destinada a preencher sua tarefa<sup>129</sup>. A construção de uma dogmática por meio da consciente e responsável atividade do intérprete no *fazer soar a voz* da boa-fé objetiva, na sua atenção aos demais princípios e regras também atuantes nos diversos campos jurídicos nos quais é a boa-fé destinada a atuar, constitui a única segurança contra um chamamento à boa-fé fundado na “pura intuição casuística<sup>130</sup>”, passaporte ao perigoso “impressionismo equitativo”<sup>131</sup>. Não esqueçamos, ao fim e ao cabo, a lição de Ascarelli:

“La dogmatica costituisce appunto lo strumento per lo sviluppo interpretativo del diritto con l’osservanza della necessaria continuità e perciò con quella certezza giuridica nella quale riposa la tutela della libertà individuale. Abbandonando il terreno della dogmatica si cade inevitabilmente o nella mera discrezionalità o nella semplice parafrasi della legge, sacrificando nel primo caso la esigenza di certezza e il principio di legalità e giungendo, nel secondo, a una rigidità che preclude ogni sviluppo interpretativo”<sup>132</sup>.

Canela, setembro de 2004

---

<sup>129</sup> Parafraaseio observação de Ascarelli sobre a utilidade da dogmática que “será tanto maior quanto maior for a consciência do fim e da função dos vários institutos, do seu desenvolvimento histórico, do meio em que são destinados a preencher a sua tarefa” (In: *Evolução da Doutrina Jurídica Italiana*. Ora em *Ensaio e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 398).

<sup>130</sup> ASCARELLI, Túlio. *Experiências de viagens jurídicas – Direito civil e comercial*. Ora em *Ensaio e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 405.

<sup>131</sup> ASCARELLI, Túlio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 219.

<sup>132</sup> ASCARELLI, Túlio. *Experiências de viagens jurídicas – Direito civil e comercial*. Ora em *Ensaio e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 405-406.

## PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR NA ZONA CINZENTA ENTRE O CONTRATO E O NÃO-CONTRATO?

As novas normas do BGB sobre a culpa in contrahendo  
e a perturbação da base do negócio como expressão  
do princípio da igualdade dos sujeitos jurídicos privados

CHRISTIAN BALDUS\*

Dr. iur. (Colónia); Professor  
Catedrático de Direito Civil e Direito  
Romano assim como Director do  
Instituto para a Ciência Histórica do  
Direito – secção romanística – da  
Ruprecht-Karls-Universität  
Heidelberg.

### A. Colocação do problema

Não é apenas o jurista alemão que está familiarizado com institutos  
que servem à modificação ou anulação de vínculos contratuais que não

---

\* Agradeço ao Professor Doutor António Pinto Monteiro (Coimbra) pelo amigável convite para uma conferência em 2001, que serviu de base a este artigo, ao Dr. Paulo Mota Pinto (Coimbra/Lisboa) pela assistência prestada durante a minha estadia em Coimbra, a ambos pela paciência com que aguardaram pela redução a escrito, e ao stud. iur. *Francisco Salavessa (Lisboa)* pela tradução da versão definitiva. Da apresentação foram eliminadas todas as considerações que então incidiam sobre questões em aberto do projecto de reforma, uma vez que ao leitor actual interessarão mais as agora reconhecíveis estruturas e os desenvolvimentos vindouros. Versão original: Universidade de Coimbra, Centro de direito do consumo, 18. Mai 2001: A reforma do direito das obrigações na República Federal da Alemanha: Protecção do consumidor mediante normas de direito civil geral?

estão compreendidos nas regras gerais da resolução e impugnação. Um contrato foi celebrado formalmente com eficácia jurídica, as partes não estavam sob erro relevante, não existe nenhuma perturbação da prestação que legitime a resolução do contrato. Porém, pode uma parte ter partido de pressupostos errados, porventura não sem intervenção da outra parte, ou foi induzida em erro pelo comportamento pré-contratual da contraparte. Em certas situações (não é perceptível uma sistemática estável) existem caminhos para a desvinculação contratual: culpa in contrahendo e perturbação da base do negócio. Os desenvolvimentos que se seguem colocam este fenómeno em relação com as possibilidades específicas de solução que o moderno Direito do Consumo fornece: *Quid juris*, quando um consumidor celebra um contrato e mais tarde tenta obter uma desvinculação (também) de acordo com regras gerais? Serão a culpa in contrahendo e a base do negócio simultaneamente instrumentos da protecção do consumidor? Possibilita a codificação de 2001 destes institutos nos §§ 311 II, III, 313 BGB uma protecção do consumidor através do Direito Civil geral? E tal seria desejável?

## **B. Princípio do consenso formal e codificação de limitações práticas deste princípio**

### **I. Culpa in contrahendo**

#### **1. Estado da regulação**

Os códigos europeus partem da dicotomia entre responsabilidade extra-contratual e responsabilidade contratual. Uma pessoa responsabiliza-se por um mínimo perante toda a gente, e indo mais além conforme com o consenso com o parceiro contratual. Esta dicotomia funciona quando a responsabilidade extra-contratual oferece uma protecção abrangente. Se, no entanto, o direito delitual fica aquém das necessidades do tráfico jurídico, as decisões jurisprudenciais procuram outros caminhos; nomeadamente na construção da responsabilidade pré-contratual. Uma pessoa não chegou a um consenso, mas a situação é tratada de tal forma, como se o vínculo especial tivesse tido êxito,

quando na verdade ele não se chegou a constituir. Esta tendência entra em contradição com a autonomia privada (na sua vertente negativa) formalmente entendida, leva no entanto em conta que as partes se aproximaram afinal mais do que um qualquer terceiro. Daí que nós encontremos hoje em toda a Europa o fenómeno da culpa *in contrahendo*, e todos os ordenamentos jurídicos europeus reúnem esforços no sentido da sua compreensão – tanto contratual ou semelhante a contratual, delitual ou semelhante a delitual ou sobre a chamada terceira via de uma relação de um dever de protecção legal e unitária<sup>1</sup>. O resultado é, do ponto de vista da teoria dos contratos, uma erosão do princípio do consenso formal; também por aqui se explica a razão pela qual o legislador alemão hesitou tanto tempo até ter codificado a culpa *in contrahendo* em 2001.

O resultado é o seguinte:

§ 311 Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse

Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch

1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,
2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter oder Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder

---

<sup>1</sup> Para um panorama, nomeadamente da discussão germânica, v. PETER KREBS, *Sonderverbindung und außerdeliktische Schutzpflichten* (Munique 2000); do ponto de vista italiano GIOVANNI MERUZZI, *La trattativa maliziosa* (Padova 2002) com recensão de MARTIN GEBAUER no *Jahrbuch für Italienisches Recht* 15/16 (2002/2003) 391 ss.; MARTIN GEBAUER, *Der Abbruch grenzüberschreitender Vertragsverhandlungen – zur Culpa in contrahendo im deutsch-italienischen Rechtsverkehr*, no: *Jahrbuch für Italienisches Recht* 15/16 (2002/2003) 155-172; também lá (p. 168 ss.) em relação à EuGH, 17.9.2002, C-334/00 (Tacconi).



### 3. ähnliche geschäftliche Kontakte.

Übersetzungsvorschlag:

#### § 311 Relações obrigacionais e para-obrigacionais

Uma relação obrigacional com deveres conformes ao § 241 Abs. 2 nasce também por meio

1. da abertura de negociações,
2. do encaminhamento / da preparação<sup>2</sup> dum contrato na qual uma (parte), considerando uma eventual relação negocial, concede à outra a possibilidade de influir sobre os próprios direitos, bens jurídicos ou interesses ou confia estes à outra (parte), ou
3. de contactos negociais semelhantes.

### 2. Contexto dogmático e questões em aberto

Isto é, para a teoria do contrato<sup>3</sup>: Há três graus da ligação negocial: preparação – abertura de negociações – conclusão do contrato.

Porque se tem de distinguir os dois primeiros graus? Não se pode imaginar que a contraparte também tenha a possibilidade de influir sobre os interesses doutra parte no caso de as negociações já se terem iniciado? É claro que se pode. Isto é: no caso de haver influência, responde-se em qualquer caso. E no caso de não se exercer influência

---

<sup>2</sup> Falta uma tradução exacta. Preparação significa, antes, “Vorbereitung”, palavra conotada com actos concretos os quais, porém, permanecem fora dos mesmos afazeres, ao passo que „Anbahnung“ é mais geral e flutuante.

<sup>3</sup> Para um princípio comunitário de protecção das legítimas expectativas nos contratos e na responsabilidade civil: HANS-WERNER MICKLITZ, *Legitime Erwartungen als Gerechtigkeitsprinzip des Europäischen Vertragsrechts*, em: LUDWIG KRÄMER / HANS-WERNER MICKLITZ / KLAUS TONNER (eds.), *Law and Diffuse Interest in the European Legal Order* (Escritos em homenagem a NORBERT REICH), Baden-Baden 1997, 245-278; NORBERT REICH, *Bürgerrechte in der Europäischen Union*, Baden-Baden 1999, 273f. Síntese crítica da discussão em KARL RIESENHUBER, *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts* (Berlim 2003) 570ss. *Do debate em Portugal sobre questões gerais da ligação contratual, cito apenas ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Erro e vinculação negocial, Coimbra 2002.*

no contexto das negociações? Qual poderia ser o dano neste caso? Quais os casos concretos?

E ainda: o que significa o n.º 3? É preciso, com o conceito de “semelhante”, um raciocínio por analogia? Partindo duma base *tão* incerta? Como se pode evitar um alargamento da responsabilidade por c.i.c. a cada contacto negocial?

Está claro, com isso, que a jurisprudência está de mãos livres para desenvolver ainda mais a *culpa in contrahendo*<sup>4</sup>. O relatório di-lo expressamente. Não obstante, parece duvidoso, à luz das regras gerais da interpretação, se pode ser inteiramente insignificante o facto de algumas hipóteses típicas não terem sido codificadas. As fórmulas gerais que se encontram no projecto não se referem a casos típicos mas dão uma circunscrição facilmente referenciável a cada hipótese clássica – com a notável excepção das duas situações mais difíceis, seja no que toca à autonomia privada seja na perspectiva do direito comparado: primeiro, a ruptura das negociações (*Abbruch von Vertragsverhandlungen*), segundo, a conclusão dum contrato que não corresponde às (legítimas) expectativas das partes (*Herbeiführung eines nicht erwartungsgerechten Vertrages*). Ambas as situações dificilmente se enquadram na remissão à “relação obrigacional com deveres conformes ao § 241 Abs. 2”; ambas constituem situações talvez atípicas (porque fundamentais) da c.i.c.: Não se trata de elementos acessórios do contrato, a remediar mediante a c.i.c. que preenche meras lacunas do direito das obrigações ou dos direitos reais; o problema, pelo contrário, identifica-se na (in)existência mesmo do contrato. Um instituto não escrito modifica o momento decisivo da autovinculação das pessoas. Não falar expressamente destas duas situações fundamentais equivale a não as disciplinar; não as disciplinar é igual a inverter a boa relação entre legislação e jurisprudência: O legislador deixa ao juiz a questão de princípio, pois na verdade não a codifica. Concretamente, a jurisprudência terá que decidir se deverá continuar a aplicar, na hipótese da *Herbeiführung*

---

<sup>4</sup> O problema era inteiramente conhecido pelo legislador da reforma do Direito das Obrigações. V. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, JZ 2001, 499-524 (520).

*eines nicht erwartungsgerechten Vertrages*, a c.i.c. junto ao § 249.1 BGB (princípio da indemnização material, da *Naturalrestitution*), chegando assim à liberação duma tal obrigação.

Já por esse motivo, dificilmente se pode falar duma codificação bem sucedida da c.i.c.. Está fora de dúvida que o instituto da c.i.c. existe e tem legitimação. Cabe, porém, contorná-lo, e precisamente por causa da sua importância entre autonomia privada e protecção da confiança. Não contorná-lo equivale a deixar em aberto um assunto decisivo para a protecção da parte mais fraca.

Em todo o caso, não se vislumbra uma dogmática que possa distinguir nitidamente entre a abertura de negociações (*Aufnahme von Vertragsverhandlungen*), o encaminhamento de um contrato (*Anbahnung eines Vertrages*) e contactos negociais semelhantes (*ähnliche geschäftliche Kontakte*); a jurisprudência terá que se socorrer de si própria na aplicação futura de casos concretos. Também é de recear que uma confusão de decisões provenientes das instâncias inferiores venha a desembocar no final em fórmulas que pouco adiantarão para esclarecer o texto legal. Aqui se prova que a *codification à droit constant* só faz sentido quando o legislador levar em linha de conta criticamente o que se pode retirar da casuística existente e o que se quer corrigir<sup>5</sup>; tal teria sido no que concerne à c.i.c. uma exigência premente<sup>6</sup>, o que no caso em questão não sucedeu.

Esta consequência não se torna igualmente mais suportável pelo facto de o Código Civil Europeu ser possivelmente promulgado antes que possa ser levada a cabo uma nova reforma do BGB; pois o melhor

---

<sup>5</sup> V. PETER KREBS / MANFRED LIEB / ARND ARNOLD, *Kodifizierung von Richterrecht*, em: BARBARA DAUNER-LIEB et al. (organizadores), *Das Neue Schuldrecht* (Heidelberg 2002) 121-157 (para os institutos aqui discutidos).

<sup>6</sup> Em vez de incluir todas as questões até agora não mencionadas, acrescenta-se apenas a de se saber se a “execução de uma relação ajurídica” segue as regras da *culpa in contrahendo*: JAUERNIG / HEINZ-PETER MANSEL, *BGB*, 11.ª edição Munique 2004, § 241 nr. 24 fala de uma “relação obrigacional legal (semelhante à cic)... v. § 311 II Nr. 3”. CANARIS (nota de rodapé 4) pensa no sentido da continuação do desenvolvimento da c.i.c. através da jurisprudência sobre relações ajurídicas com um carácter semelhante ao negócio jurídico sem um dever de prestação primário.

seria que fossem introduzidas na discussão europeia experiências com normas susceptíveis de subsunção. É improvável que inversamente resulte de uma insegurança legal uma *praxis* jurisprudencial calculável e que surja como um modelo susceptível de exportação.

## II. *Perturbação da base do negócio*

### 1. Estado da regulação

Com a culpa in contrahendo as consequências jurídicas de um consenso não concedido são construídas. Ao invés passa-se o seguinte na perturbação da base do negócio: o consenso existe, mas o ordenamento jurídico concede a uma das partes o direito de se libertar, total ou parcialmente, do vínculo contratual, isto porque *no momento do consenso* há aspectos importantes que não foram ponderados. Também esta figura contraria um entendimento clássico de autonomia privada: o que não foi ponderado justifica quando muito um erro nos motivos, o que no Direito dos Contratos é irrelevante, pois o parceiro contratual quer contar com aquilo que se declarou.

Também aqui a jurisprudência teve de julgar casos, nos quais considerações de equidade sugeriram um desvio ao princípio do consenso formal; e também aqui o legislador do BGB hesitou até 2001, antes de ter consagrado no texto legal as orientações dessas decisões jurisprudenciais.

A nova redacção do § 313 BGB dispõe que:

(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrages verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

No caso de as circunstâncias que vieram a constituir a base do contrato se terem alterado de forma grave depois da conclusão do contrato e caso as partes não tivessem concluído o contrato ou se o tivessem feito com um conteúdo diferente se esta alteração tivesse sido prevista, pode pedir-se a adaptação do contrato até ao ponto em que deixa de ser exigível duma parte, considerando todas as circunstâncias do caso (concreto), nomeadamente a repartição contratual ou legal dos riscos, manter o contrato sem qualquer alteração.

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich als falsch herausstellen.

Equipara-se à mudança das circunstâncias a situação em que representações essenciais que vieram a constituir a base do contrato se tenham verificado erradas.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.

No caso de ser impossível ou inexigível duma parte uma adaptação do contrato, a parte prejudicada pode resolver o contrato. Para os contratos de execução duradoura sem prazo, o direito à denúncia substitui o direito à resolução.

## 2. Pano de fundo dogmático

O novo § 313 pretende codificar o que até à altura já vigorava, seguindo a tendência geral da reforma do Direito das Obrigações de 2001. Qual era então o estado jurídico da questão nessa altura? Tal é difícil de averiguar; numerosas teorias debruçam-se à volta de um século sobre a apreensão dogmática da perturbação da base do negócio,

nenhuma conseguiu porém impor-se para todas as constelações. Na jurisprudência está difundida a seguinte fórmula (aqui citada segundo os comentários determinantes nos Tribunais):

“Geschäftsgrundlage sind [...] die bei Abschluß des Vertrages zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut”<sup>7</sup>.

“São base do negócio [...] as representações duma parte que foram visíveis no momento da conclusão do contrato, cognoscíveis para a outra parte e por si não reclamadas, ou as representações comuns de ambas as partes sobre a existência de certas circunstâncias ou a verificação futura delas, contanto que a vontade negocial das partes se baseie nestas circunstâncias.”

Esta é a chamada fórmula subjectiva: coloca-se a base do negócio a um nível intermédio entre o motivo unilateral e o conteúdo consentido do contrato.

Na doutrina, há, entre outras, uma corrente divergente, que proclama a chamada base objectiva do negócio: não é preciso, nesta perspectiva, a persistência de representações das partes. Base objectiva e subjectiva do negócio nem sempre são nitidamente fáceis de distinguir<sup>8</sup>. Na verdade, pode ser bastante difícil apurar, ex post, se as partes contemplaram concretamente uma dada circunstância; e pode-se perguntar a razão pela qual é mais digna de protecção uma parte que, embora tendo contemplado tal circunstância, não fez questão dela nas negociações. Em todo o caso, alguns casos clássicos da base de negócios (mais precisamente, da “grande”) referem-se a catástrofes objectivas

<sup>7</sup> V., para o direito em vigor antes do ano 2002, PALANDT / HELMUT HEINRICHS, BGB, 58.ª edição Munique 1999, § 276, Rz. 113: 56 teorias diferentes.

<sup>8</sup> V., por um quadro dogmático das teorias na perspectiva da normativa actual, Münchener Kommentar zum BGB (GÜNTER H. ROTH), § 313, nr. 43-46 (combinação de momento subjectivo e objectivo).

como a guerra ou a inflação enorme dos anos 1920; e nestes casos teria sido estranho se tivesse sido levantada a questão de se saber se os referidos eventos catastróficos foram previamente contemplados pelas partes ou não.

### 3. Questões em aberto

Também a nova redacção do § 313 é, sob diversas perspectivas, pouco clara em relação ao seu conteúdo<sup>9</sup>: o que é a “base” do contrato, o que é uma alteração “grave”, o que é razoável? Em todo o caso são de se supor desvios contenciosos em relação ao regime até agora vigente, começando pelo facto de que segundo o novo Direito a base do negócio já não é de conhecimento officioso; pelo contrário, o novo Direito exige um pedido correspondente de uma das partes (podem agora ser ambas), e ainda não é líquido como se deve formular este pedido<sup>10</sup>. Também não se poderá esperar do § 311 II que as fórmulas agora legalmente consagradas possam conduzir em tempo previsível a um aperfeiçoamento da doutrina ou à previsibilidade das decisões jurisprudenciais. O legislador da reforma considerou mais uma vez que uma concretização que fosse mais além seria inútil, uma vez que a doutrina ainda não chegou tão longe<sup>11</sup>.

O ponto que aqui se revela especialmente problemático é a “base”: base do negócio não pode ser aquilo que é o conteúdo do contrato. Com isto fica definida uma fronteira por cima. A fronteira de baixo não é nomeada. A lei fala de “circunstâncias”; já quanto às circunstâncias que são suficientemente importantes para poderem ser uma base, nada

---

<sup>9</sup> Para os elementos abertos a valorações na nova previsão normativa v. apenas MünchKommBGB / G. H. ROTH (nota de rodapé 8) § 313 nr.14s.

<sup>10</sup> MARTIN SCHMIDT-KESSEL / CHRISTIAN BALDUS, Zur prozessualen Behandlung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach neuem Recht, NJW 2002, 2076ss.; e DAUNER-LIEB / WOLFGANG DÖTSCH, Prozessuale Fragen rund um § 313 BGB, NJW 2003, 921-927; agora FRANK BAYREUTHER, Die Durchsetzung des Anspruchs auf Vertragsanpassung beim Wegfall der Geschäftsgrundlage (Baden-Baden 2004).

<sup>11</sup> CANARIS (como nota de rodapé 4) 521.

é dito. E sobre isto, sobre o que será a base do negócio, também as partes não chegaram através da sua autonomia privada a um entendimento: Caso houvesse um acordo, seria o próprio contrato que regularia a situação; o § 313 visa contudo precisamente os casos nos quais as partes não ponderaram determinados aspectos e nos quais o ordenamento jurídico toma uma intervenção como indicada. Está mais uma vez em jogo uma relativização do consenso formal.

### III. *Desenvolvimentos paralelos no Direito da Compra e Venda*

i) A nova codificação em 2001 do Direito *da compra e venda* aproxima-se do Direito Geral das Obrigações naqueles pontos onde tal se justificava, nomeadamente nos recursos. Muitas especificidades do Direito do Consumo cuja função não era mais reconhecível foram afastadas em prol de remissões para regras gerais. (conferir nomeadamente a norma da “plataforma giratória” do § 437). Infelizmente, também no Direito do Consumo o legislador trabalha com uma categoria, que não se encaixa bem nas regras gerais do Direito dos Contratos) tal como no *contrato de empreitada*, § 633 II): a definição de *defeito* do § 434 I da nova redacção distingue entre “qualidade *acordada* e a aptidão para a “utilização *conforme* ao contrato”. A palavra “conformidade” evoca a teoria da base do negócio; o que se quer aparentemente significar não é uma compatibilidade nem expressa nem tácita no sentido dos §§ 145ss., mas também nada de objectivo: a frase 2 Nr. 2 distingue ainda das categorias citadas a aptidão “para a utilização usual” e a natureza do que é habitual nas coisas da mesma categoria e que o comprador pode esperar desta *categoria* de coisas”. À primeira vista é capaz de convencer o ponto de vista de que se trataria de uma determinação contratual sobre a função (não sobre as características) da coisa comprada<sup>12</sup>. Nesse caso estaríamos na presença de uma tipificação legal (supérflua) da interpretação ou integração do contrato, apesar de

<sup>12</sup> JAUERNIG (nota de rodapé 5) / BERGER, § 434, nr. 13.



estas já deverem estar abrangidas pela frase 1; esta tipificação estaria mal formulada, mas sempre se saberia quais os critérios que o aplicador do Direito deveria seguir.

Aqui fundem-se a graduação da construção de um vínculo especial (como no § 311II) e discursos sobre a “base” (como no § 313) numa afirmação não mais claramente subsumível, que aguarda igualmente por estudos dogmáticos<sup>13</sup>. O legislador da reforma, com conhecimento da problemática, quis deixar em aberto a questão da relação entre o § 434 I 2 Nr. 1 e o § 313<sup>14</sup>. Isto é tão mais problemático se pensarmos que os contratos de *compra e venda* e *empreitada* são precisamente os *dois* tipos de contrato que foram completamente remodelados pela reforma e que simultaneamente se aproximaram do Direito Geral das Obrigações<sup>15</sup>; uma vez surgida uma e a mesma fórmula pouco clara para a dogmática contratual nas normas de plataforma giratória<sup>16</sup> de ambos os contratos, não serão de excluir repercussões no Direito Geral das Obrigações.

### III. Problema de fundo

Qual é o modelo dogmático em que se fundamentam as normas mencionadas? Paralelamente à culpa in contrahendo podemos encontrar na perturbação da base negocial um plano debaixo do contrato. Na c.i.c., este plano antecede temporalmente a conclusão do contrato e, conforme o grau de entendimento, menos intensivo; a base negocial não foi objecto do entendimento, mas isto porque as partes consideraram que tal entendimento seria *superfluo*.

<sup>13</sup> V. a análise em BAMBERGER/ROTH (FLORIAN FAUST), BGB, Munique 2003, § 434 nr. 46-74.

<sup>14</sup> Projecto do governo, BT-Drs. 14/6040, 213.

<sup>15</sup> *Com a consequência de que o contrato de empreitada ganha mais importância*: HERBERT ROTH, Die Reform des Werkvertragsrechts, JZ 2001, 543-551 (545ss.).

<sup>16</sup> Uma metáfora alusiva aos caminhos-de-ferro, assim chamada (“Drehscheibennorm” no alemão) por estas normas guiarem o intérprete à correcta consequência jurídica.

Não se quer entrar em detalhes, contudo deve reter-se que: ambos os institutos conhecem um plano que se poderia apelidar de subcontratual. Este plano sobrepõe-se em certos casos ao plano contratual – ao fim e ao cabo, por força do princípio da tutela da confiança, § 242 BGB. Também podem ser construídos casos, nos quais ambos os institutos surgem em questão. É aproximadamente por exemplo o caso, quando uma parte, baseada negligentemente em informações falsas acaba por provocar na outra um erro nos motivos: o vendedor admite erroneamente, que a coisa evidencia uma determinada qualidade.

No Direito da *compra e venda* os momentos pré-contratual e subcontratual ligam-se numa graduação particularmente complexa da determinação de conteúdos de contratos, o que não constituirá apenas uma exceção para a estatística, irá antes ocupar um posto de relevância prática central. Mais uma vez, pode pensar-se em casos de combinação: no exemplo agora dado, pode não ter sido expressamente abordada aquela qualidade desejada pelo comprador.

O momento de ligação reside na relativização do consenso formal. Isto põe a descoberto o perigo que está na evolução da política legislativa e da doutrina da qual se fez agora um esboço. A cláusula geral da tutela da confiança é apropriada, quando utilizada em excesso, para destruir o sistema do Direito Privado; a experiência diz-nos que não existe um melhor meio de obtenção de um resultado genericamente justo que a chamada equivalência subjectiva ou seja, a auto-vinculação das partes com uma avaliação autónoma dos valores da sua prestação<sup>17</sup>. Para tal tem que ficar claro, como e à volta de que conteúdo o consenso é formado e, em caso de dúvidas, é *apenas* este consenso que determina os deveres das partes. O ordenamento jurídico pode intervir num caso concreto, mas se o caso concreto se tornar na regra, o contrato perderá a sua função reguladora.

---

<sup>17</sup> O clássico KARL LARENZ, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, aqui citado segundo a 6ª edição Munique 1983, § 2 V = p. 45ss.; na edição refundida de MANFRED WOLF (8ª edição Munique 1997) § 2 nr. 22s.; doravante CLAUS-WILHELM CANARIS, Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungenrecht des BGB, em ROLF WANK u.a., Escritos em homenagem a Herbert Wiedemann em ocasião do seu 70.º aniversário (Munique 2002) 3-33, 6ss.

Os preceitos ora descritos ultrapassam os que até agora eram os casos-fronteira, para os quais o BGB, já na sua redacção antiga, exigia por vezes uma delimitação difícil de conseguir entre o contrato e a regulação legal. Por exemplo, os preceitos sobre o lugar e o tempo da prestação relacionam-se com as “circunstâncias” (§§ 269 I, 271 I), e os comentários da literatura nem sempre se debruçam claramente sobre a delimitação destes critérios do *acordo tácito* (§§ 145ss.) e dos usos do tráfego jurídico; pode-se contudo chegar-se a uma arrumação na teoria da interpretação dos contratos, sem fazer ruir o sistema dos §§ 269 e ss.. Como ficou demonstrado, o mesmo não sucede com as novas normas.

### **C. Protecção do consumidor e liberdade contratual**

#### ***I. Evolução da política legislativa na República Federal da Alemanha***

O que até agora foi dito seria em si suficiente para pôr a descoberto a problemática da política legislativa da nossa colocação do problema. Acresce agora a tudo isto a figura da protecção do consumidor. A reforma de 2001 teve como uma das suas linhas de pensamento uma integração mais forte do contrato de consumo no sistema do BGB. Antes acentuava-se o carácter excepcional do Direito do Consumo, sobretudo porque era concebido unilateralmente como um direito de protecção do consumidor; as normas de Direito do Consumo eram portanto codificadas preferencialmente em legislação extravagante (com carácter, também, de leis especiais).

A doutrina acentuava que o caso-regra, o caso normal, seria sempre o contrato celebrado entre iguais, jurídica e factualmente.

Por isso, quanto ao local da respectiva regulamentação, o contrato normal estaria no BGB, a codificação geral do Direito Civil; o contrato de consumo, pelo contrário, teria que estar em legislação extravagante.

O legislador da reforma de 2001 rompeu com estas premissas<sup>18</sup>. O Direito do consumo foi integrado tecnicamente no BGB, com abrogação de muita legislação extravagante; o contrato de consumo deixou igualmente de ser visto como um insignificante caso excepcional, em virtude do seu peso estatístico. Tal pode ser aclamado como um realismo da codificação ou rejeitado por constituir um perigo para um entendimento clássico da autonomia privada; em todo o caso, a nova lei tem de ser aplicada. O aplicador do Direito, apesar da controvérsia em questão, tem de chegar a soluções conformes ao sistema e previsíveis; o cidadão que procura o Direito espera uma aplicação das normas tão calculável quanto possível, o que não concerne apenas à situação do consumidor, mas também à máxima da autonomia privada.

## II. *Linhas directrizes europeias*

Uma ajuda pode vir da evolução que se regista no plano europeu: a Comunidade Europeia legisla cada vez mais sobre Direito Privado, e não apenas numa perspectiva unilateral sobre a protecção do consumidor, antes orienta-se por uma abrangente ponderação de interesses. Um exemplo claro é a directiva sobre os atrasos de pagamento<sup>19</sup>. Também o é a directiva sobre a compra de bens de consumo<sup>20</sup>. Uma

---

<sup>18</sup> V. WULF-HENNING ROTH, *Europäischer Verbraucherschutz und BGB*, JZ 2001, 475-490.

<sup>19</sup> Directiva 2000/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Junho de 2000, que estabelece medidas de luta contra os atrasos de pagamento nas transacções comerciais.

<sup>20</sup> Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas. Conferir, por todos, CHRISTIAN BALDUS, *Binnenkonkurrenz kaufrechtlicher Sachmängelansprüche nach Europarecht* (Baden-Baden 1999); PAULO MOTA PINTO, *Anteprojecto do diploma de transposição da directiva 1999/44/CE para o Direito português. Exposição de motivos e articulado*, em *Estudos de Direito do Consumidor 2 (2001)*, p. 165-279; MARTIN JOSEF SCHERMAIER (organizador), *Verbraucherkauf in Europa* (Munique 2003); STEFAN GRUNDMANN / CESARE MASSIMO BIANCA (organizadores), *EU-Kaufrechts-Richtlinie. Comentário* (Colónia 2002) com recensão de CHRISTIAN BALDUS em GPR 1/2003-2004, p. 25s.

ponderação de interesses que inclua todas as partes é uma condição funcional do Direito Privado comunitário<sup>21</sup>. À luz desta tendência, é inútil pretender isolar as normas que dizem respeito especificamente ao consumidor no gueto das normas especiais.

O Direito Privado, no seu conjunto, só progride enquanto sistema<sup>22</sup>, o que vale também para o Direito Privado europeu, e os problemas de interpretação neste sistema serão enquadráveis com maior abertura e precisão a partir do momento em que as questões quotidianas do Direito Civil estão reguladas num código.

Os esforços da Comissão na criação (entre outras) de um quadro conceptual comum para o Direito dos Contratos na Europa (inclusive noutros domínios do Direito Patrimonial) apontam nessa mesma direcção.

### III. *Consequências para a culpa in contrahendo e para a perturbação da base do negócio*

Posto isto, coloca-se a seguinte questão: Existem, independentemente do ponto de partida da política legislativa, ligações dogmáticas entre as cláusulas gerais nos §§ 311 II, 313 BGB e a revalorização sistemática do Direito do Consumo? Ou formulado mais directamente: Estas normas estão contidas nas disposições relativas à protecção do consumidor ou são por elas funcionalizáveis?

*A culpa in contrahendo e a perturbação da base negocial relativizam o vínculo contratual, se bem que apenas para casos excepcionais de contornos pouco definidos. A concepção da protecção do consumidor aparenta apontar na mesma direcção: não se estará a ajudar aquele que estruturalmente é o mais fraco ao salvaguardar os seus direitos de resolução? E será possível que os §§ 311, 313, formulados formalmente*

<sup>21</sup> Baldus, Binnenkonkurrenz (como antes) 31s.

<sup>22</sup> V. apenas CHRISTIAN BALDUS, Sistema giuridico europeo storicamente fondato?, Labeo 2001, 122-134; RIESENHUBER (v. nota de rodapé 7); TOBIAS TRÖGER, Zum Systemdenken im europäischen Schuldvertragsrecht, ZEuP 2003, 525-540.

*sem relação com o conceito de consumidor (§ 13), indiquem igualmente normas de resolução em seu favor? Assume um papel importante para a aplicação de ambas as normas o facto de uma das partes ser um consumidor? Poderá a interpretação ir mais além, in favorem consumeris? Pode um consumidor, numa medida mais extensa relativamente a um normal sujeito do Direito Civil<sup>23</sup>, fazer valer pretensões provenientes da culpa in contrahendo, ou pode recorrer, com pressupostos mais suaves, à perturbação da base negocial?*

*Na ausência de preceitos expressos, esta situação é uma questão de interpretação, que é de se negar. O porquê disto deverá ser demonstrado em breve – sob a reserva que até agora foi publicada pouca jurisprudência sobre os §§ 311 II, 313 n.F; as sentenças antigas não devem ser valoradas, uma vez que elas dizem respeito a institutos que se formaram praeter legem, portanto segundo outras condições sistemáticas.*

#### **D. Sobre a separação estrutural entre a relativização do contrato e a protecção do consumidor**

##### **I. Protecção do consumidor como regulamentação negocial de situações**

A culpa in contrahendo e a perturbação da base do negócio relativizam o vínculo contratual; a protecção do consumidor fixa ao invés um regime tecnicamente diferente, isto devido a uma diferença fundamental.

A protecção do consumidor não é nenhuma protecção de um status<sup>24</sup>, que intervém em situações aleatórias. É verdade que no § 13

---

<sup>23</sup> Terminologia e considerações de sistema: PETER KREBS, *Verbraucher, Unternehmer oder Zivilperson*, em DB 2002, p. 517-520; JOSEF DREXL, *Verbraucherrecht – Allgemeines Privatrecht – Handelsrecht*, em: PETER SCHLECHTRIEM (organizador), *Wandlungen des Schuldrechts (Baden-Baden 2002)*, p. 97-151.

<sup>24</sup> Cfr. HERBERT ROTH, *EG-Richtlinien und Bürgerliches Recht*, em JZ 1999, p. 529-538 (532).

BGB surge tecnicamente uma definição de consumidor, não de negócio de consumo; mas como *definiens* serve uma descrição da situação:

“Consumidor é a pessoa física que celebra um negócio jurídico com uma finalidade que não pode ser imputada nem à sua actividade industrial nem à sua actividade profissional independente.”

Trata-se portanto da inferioridade estrutural e típica do Direito do Consumo aplicada ao negócio jurídico e abrangida nas categorias da teoria do negócio jurídico. É isto precisamente que as normas de protecção do consumidor ambicionam: ou elas declaram certas cláusulas que oneram o consumidor como ineficazes, portanto limitam o poder dispositivo das partes (excepcionalmente) onde poderão ocorrer abusos (exemplo típico é a compra do consumidor (§ 475 BGB)); ou então as normas de protecção do consumidor conferem ao consumidor um direito de revogação, admitem portanto um prazo de reflexão.

Ambos os mecanismos têm implicações nos princípios do Direito das Obrigações, contudo não deitam abaixo o sistema. O Direito das Obrigações assenta em princípio na livre disponibilidade das partes, mas precisamente só em princípio; existem normas imperativas no Direito das Obrigações, que não têm nada que ver com o Direito do Consumo e cuja justificação ninguém duvida<sup>25</sup>. O legislador é livre de não conceder às partes determinados conteúdos concebíveis pelas partes no seu consenso, isto quando tipicamente daí possa surgir um perigo ameaçador para uma das partes e com ele um perigo para o funcionamento do mercado.

O direito à revogação avança estruturalmente (não conteudisticamente) um pouco mais. Normalmente, a construção do consenso concentra-se pelas boas razões no momento em que as declarações de vontade se dão. Os direitos à revogação não pretendem contudo enfra-

---

<sup>25</sup> V. por todos § 276 III BGB: não pode haver de antemão exclusão da responsabilidade *para quem actua dolosamente*.

quecer o mecanismo da vinculação segundo a autonomia privada<sup>26</sup>, antes modificam-no quantitativamente, por forma a assegurar a sua aceitação; estabelecem o sincronismo entre a autonomia privada formal e material. Aquele que, com conhecimento de um direito à revogação, não desiste de um contrato, assume consciente e definitivamente a responsabilidade por todas as consequências – poderia ser que ele, por exemplo, tivesse negociado sob coacção, trata-se porém de um problema geral dos §§ 123, 134, 138 BGB, não do Direito do Consumo. O direito à resolução nunca constituirá um problema enquanto não se conceber como uma alavanca para uma transformação essencial do direito à celebração de contratos, mas sim como uma compensação imanente ao sistema pelas fraquezas estruturais do modelo formal da celebração dos contratos.

Para os nossos objectivos, deve reter-se que: nem a formação imperativa de normas de Direito Privado isoladas nem a concessão de um prazo de reflexão põem em questão o modelo de construção do consenso assente no seu carácter formal e na autonomia privada. Trata-se de correcções pontuais, que não retira a sua legitimação de abusos notórios. O ordenamento jurídico quer contudo obter sempre um resultado: um consenso formal eficazmente construído (ou um dissenso); e prende depois as partes nesse consenso.

## II. *O contrato de consumo como fonte do vínculo contratual normal*

Esta é a diferença essencial em relação aos institutos agora codificados nos §§ 311, 313. Se uma prescrição legal for afastada licitamente e caso o consumidor não exerça o direito à revogação, deixarão

---

<sup>26</sup> Como a teoria do direito contratual competitivo o faz, à parte contratual deve ser dada, *conforme esta teoria, outra vez* a possibilidade de procurar uma melhor proposta. *Porém, a concentração temporal da conclusão do contrato num só momento tem o seu sentido, porque não se pode exigir da outra parte contratual que conviva com as inseguranças sobre a decisão da contraparte.* V. BALDUS, *Binnenkonkurrenz (nota de rodapé 21) p. 94ss.; RIESENHUBER (nota de rodapé 3) p. 579s.*



consequentemente de ser utilizáveis as regras especiais. Pelo contrário: para um contrato especialmente protegido na sua fase de formação é ainda menos aconselhável pô-lo em dúvida com base nas cláusulas gerais da lei. É óbvio que tal contrato pode cair sob a alçada das regras sobre a c.i.c. ou sobre a base negocial; não existe contudo nenhuma razão para interpretar estas regras de forma mais generosa. Mais: na medida em que a lei protege o consumidor mediante mecanismos de modificação da conclusão do contrato, reconhece-se a autonomia privada e a vinculação ao prometido. Não é o Direito do Consumo que constitui um perigo para a confiança contratual, são-no antes as cláusulas gerais insusceptíveis de subsunção, as quais podem fazer resvalar para tentativas de (re)solução<sup>27</sup> injustificadas.

### ***III. O contrato de consumo como argumento contra uma categoria intermédia***

É possível dar-se mais um passo: mesmo quando nos novos §§ 311 II, 313, 437 I, 633 II esteja o embrião de uma nova orientação da teoria dos contratos, mesmo quando o legislador tenha estabelecido os fundamentos para um plano dogmático intermédio entre o contrato e o não-contrato (“fundamentos” ou “pressupostos”, como quer que seja), mesmo então orientar-se-ia o Direito do Consumo de maneira consequente pelo contrato. As referidas normas não contêm nenhum indício de que deva existir uma base contratual específica para o Direito do Consumo. Ao invés, os preceitos de Direito do Consumo confirmam que os mecanismos de regulação centrais do BGB actuam sobre o contrato e a conclusão do contrato, não sobre planos intermédios.

---

<sup>27</sup> A palavra “Lösung” tem duplo sentido no Alemão (solução do problema e liberação do vínculo contratual).

#### IV. *Consequências práticas*

Esta diferenciação pode ser facilmente transposta para a análise de um caso prático: pode ser significativa a qualificação de alguém como consumidor ou não para a questão de se saber se ele celebrou eficazmente um contrato com o conteúdo acordado, ou se o conteúdo do contrato deve ser substituído parcialmente pelas normas de direito imperativo e se o consenso deve ser definitivamente afastado através da revogação. Se nenhuma destas hipóteses existir, abandona-se o campo do Direito do Consumo; se vier à baila a *culpa in contrahendo* ou a perturbação da base negocial ou ambas, chega-se ao campo de minas das cláusulas gerais; e nestes domínios legais só uma interpretação restritiva oferece uma certa segurança. Isto não pode ser alterado pela qualidade de consumidor de uma das partes, dado que essa qualidade foi tida em conta no apuramento da conclusão do contrato; não é indicada uma valoração no plano dos direitos codificados através de uma técnica de cláusulas gerais à resolução e à modificação dos contratos.

#### E. Défice do sistema e recodificação

É um ideal da teoria da codificação<sup>28</sup>: o Direito tem de poder conhecer-se a partir da lei, ao menos para o especialista, mediante a interpretação. É uma experiência histórica que estes procedimentos interpretativos, com o andar dos tempos, criam uma dogmática extensa. Deste modo, entre a lei e a realidade nasce toda uma camada de jurisprudência e crítica científica. A lei não dá informação sobre o Direito senão para quem conhece muito mais da lei e do método da interpretação. A dogmática torna-se mais ou menos independente, e a lei perde a sua função de condução da vida económica e social. Eis o primeiro problema de princípio por causa do qual é preciso, por vezes,

---

<sup>28</sup> Para uma perspectiva portuguesa, v. A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao estudo do direito*, Coimbra 2001, 258-265.

recodificar<sup>29</sup>. Esta é a necessidade clássica de reformar os códigos de direito privado. Portugal demonstrou de maneira impressionante com o seu Código Civil, em vigor desde 1967, que uma recodificação pode dar bom resultado. O Direito, enquanto ciência social, tem toda a liberdade de criar realidades próprias, “artificiais”, com respeito pela vida prática; mas sofre muito de incoerências internas. Se a realidade do direito, o *law in action*, se afastar demasiadamente do *law in the books*, o direito perde muito da sua capacidade de regulação social.

Nesta óptica, o legislador alemão do ano 2001 intentou passos na direcção justa com referência à protecção do consumidor; ao nível da protecção dum qualquer parte do contrato mediante as normas gerais consagradas nos §§ 311, 313, cujas previsões não são propícias. Parece estranho, mas desta vez, o direito do consumo demonstra mais sentido sistemático do que o direito civil geral. Espera-se que a jurisprudência consiga interpretar com mais precisão e mais coragem aquilo que foi deixado pelo legislador; ele, talvez, aspirou a uma *codification à droit constant*, mas codificou de tal maneira que nem se sabe bem se o direito vai conservar as mesmas incertezas que antes de 2001.

---

<sup>29</sup> V., para os conceitos de decodificação e recodificação, o estudo clássico de NATALINO IRTI, *L'età della decodificazione* (4. ed. Milão 1999).

# LOS PLAZOS EN LA COMPRAVENTA DE CONSUMO. ESTUDIO COMPARATIVO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL Y PORTUGUÉS

M<sup>a</sup> DOLORES MEZQUITA GARCÍA-GRANERO

Profesora Doctora de Derecho Civil  
Universidad Pública de Navarra

**Sumario:** Introducción. I. – La entrega, como momento clave en la imputación de responsabilidad. 1. – *Preexistencia del defecto de conformidad*. 2. – *Momento en que se entiende realizada la entrega*. II. – El plazo de garantía. 1. *Finalidad del plazo*. 2. – *Naturaleza del plazo*. 3. – *Cosas usadas*. III. – Presunción de que la falta de conformidad es anterior a la entrega. IV. – Plazo de denuncia. 1. – *Fundamento, naturaleza y duración*. – 2. – *Excepciones a la obligación de denunciar*. – c) *Presunción de haber realizado la denuncia*. V. – Plazo para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor. 1. – *Naturaleza del plazo ¿prescripción o caducidad?* 2. – *¿Cumple el DLVGBC las prescripciones de la Directiva 1999/44?* VI. – Suspensión de los plazos. VII. – Acción directa del consumidor. VIII. – Acción de repetición.

**Introducción.** La Directiva 1999/44 del Parlamento y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, ha sido transpuesta por España y Portugal en tiempos parecidos, la primera por Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (en adelante LGVBC), y el segundo por Decreto-Ley n. 67/2003, de 8 de abril (en adelante DLVGBC). Aunque el texto de las dos leyes de transposición es muy similar, como

corresponde al objetivo de armonización que se pretende, cabe reprochar a ambas el adolecer de un marcado servilismo respecto de la Directiva a pesar del cual y solapados tras el texto, persisten profundas diferencias que son, en buena medida, el resultado del efecto dispar que se produce al encajar los referidos textos en sus respectivos sistemas jurídicos.

Se pretende, con este trabajo, colaborar a la resolución de alguno de los problemas que plantea la aplicación de las nuevas normas sobre garantías en la compraventa de consumo de ambos Estados, en particular, los relativos a los plazos para el ejercicio de los derechos que de aquéllas dimanen y su compatibilidad con las acciones generales de que dispone el comprador, en particular, tanto con la acción derivadas de incumplimiento contractual, como la de indemnización por daños<sup>1</sup>.

Tanto España como Portugal han optado por la transposición mínima, es decir, mediante una norma especial que viene a recoger los dictados de la Directiva sin modificar los Códigos civiles respectivos ni en el derecho de obligaciones, ni tan siquiera en lo que se refiere a la regulación que del contrato de compraventa, de forma que aquéllos sólo se ven afectados en la medida en que la compraventa de consumo queda sustraída a su ámbito de aplicación. De este modo, se fragmenta la regulación de la compraventa, que ya sólo en cuanto se verifique entre particulares se rige por el Código civil, con el agravante en el caso español de la antigüedad de nuestro Código, puesto que el portugués es mucho más moderno<sup>2</sup>. Sea como fuere, parece difícil mantener, desde la entrada en vigor de las citadas normas de transposición de la Directiva 1999/44, que la regulación de la compraventa del Código civil es la general, cuando la inmensa mayoría de estos contratos son de consumo o mercantiles<sup>3</sup>, siendo sólo una mínima parte de las ventas las que conforme a ambos sistemas se rigen por el Código civil, siquiera

---

<sup>1</sup> CALVÃO DA SILVA, João, *Compra e venda de coisas defectuosas (Conformidade e segurança)* Almedina, 2002, pag. 159; PINTO MONTEIRO, Antonio, *La transposition de la Directive 1999/44/CE dans le droit portugais, Garantías en la venta de bienes de consumo*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 249 y 250

<sup>2</sup> Aprobado por Decreto-Ley de de 25 de noviembre de 1966.

<sup>3</sup> En ambos países opera la división entre contratos mercantiles y civiles, regulándose los primeros conforme a los respectivos Códigos de comercio.

en Portugal haya que agregar las ventas de particular a profesional conforme a lo dispuesto en el art. 464, n.º 1, 2.ª del Código comercial que, en el sistema español son mercantiles, conforme a lo dispuesto en el art. 325 Ccom. En ambos casos, sin embargo, la introducción de elementos nuevos y en ocasiones extraños al propio sistema, clama no sólo por una nueva regulación del contrato de compraventa, sino también, a juicio de muchos<sup>4</sup>, por una reforma profunda del derecho de obligaciones que, si no se realiza de forma sistemática por el legislador, se acabará desgranando caso a caso por vía jurisprudencial, con la consiguiente pérdida en claridad y seguridad jurídica.

## I. – La entrega, como momento clave en la imputación de responsabilidad

### 1. – Preexistencia del defecto de conformidad

La rotunda afirmación del art. 3-1.º de la Directiva de que “el vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien”, es recogida literalmente por las leyes de transposición española y portuguesa (art. 4-1 LGVBC y art. 3-1.º DLVGC, respectivamente). Interpretando a

---

<sup>4</sup> Puede afirmarse que es mayoritaria la doctrina partidaria de una transposición en el Código civil para homogeneizar el contrato de compraventa revisando el régimen general de la compraventa. En Portugal: FERREIRA DE ALMEIDA, *Questões a resolver na transposição da Directiva e despostas dadas no Coloquio*, in “Themis”, ano II, n.º 4 (2001), p. 222; CALVÃO DA SILVA, *Venda de Bens de Consumo*, p. 25, Almedina 2003; MOTA PINTO, *Cumprimento Defectuoso do Contrato de Compra e Venda*, p. 19, Instituto do Consumidor, Fevereiro 2002; ROMANO MARTINEZ, *Empreitada de consumo*, in “Themis”, ano II, n.º 4 (2001), p. 171; SINDE MONTEIRO, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à vendae às garantias dos bens de consumo*, in “Revista Jurídica da Universidade Moderna”, 1998, p. 474; entre otros.

En España, entre otros muchos: DIEZ-PICAZO, Luis, *Reforma de los Códigos y Derecho europeo*, en Anuario de Derecho Civil, Tomo LVI, fas. IV, octubre-diciembre 2003, pags.1566 y ss; MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Adaptación del Código civil al Derecho europeo*, Anuario de Derecho Civil, Tomo LVI, fas. IV, octubre-diciembre 2003, pags. 1610 a 1651.

*contrario* las referidas disposiciones, resulta que el vendedor no es responsable de las faltas de conformidad que se produzcan después de la entrega, pero sí de las que se originen después de la perfección del contrato y antes de su consumación, con la consiguiente derogación de la regla *res perit emptori* que seguirá vigente, sin embargo, para la venta entre particulares<sup>5</sup>. En efecto, hay que resaltar el hecho de que aunque en el sistema español es precisa la entrega para que se opere la transmisión de la propiedad, mientras que ésta se transmite en Portugal como consecuencia de la perfección del contrato y sin más requisitos, sin embargo la transmisión del riesgo al comprador no consumidor se produce en ambos sistemas antes de la entrega del objeto y tanto si aquél es propietario como si no lo es. Siendo así, el vendedor profesional que venda a un consumidor responderá de cualquier falta de conformidad anterior o coetánea a la entrega, también las que se produzcan después de la celebración del contrato, con independencia de que se deban a su conducta negligente o a simple caso fortuito. Aún más, el vendedor es responsable, incluso, si el consumidor se retrasó en la recepción del objeto. En efecto, el retraso en la formalización de la entrega puede ser, no sólo molesta para el vendedor, sino significar también una agravación de su responsabilidad, por cuanto si se perdiera la cosa por caso fortuito durante el tiempo que media desde la perfección del contrato hasta la recepción del objeto, el vendedor no quedaría liberado, lo que se deduce del texto de las leyes de transposición al no contener la nueva normativa disposición alguna que exceptúe este caso y ello, porque el retraso en la recepción no coloca en mora al comprador simplemente porque es el acreedor a la entrega. Siendo así, el comprador sólo incurre en mora

---

<sup>5</sup> A pesar de que la Directiva 1999/44 en el considerando 14 establece que “las referencias a la fecha de entrega no implican que los Estados miembros deban alterar sus normas sobre transferencia de riesgos”, es obvio que la incompatibilidad entre el sistema de riesgos general y el establecido en las leyes de transposición éste deroga al primero en cuanto se refiere a las compraventas de consumo. Ver ORTI VALLEJO, Antonio, *La regla “periculum est emptoris” en la Directiva 1999/44/CE y la especificación de la cosa vendida genérica*, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, Thomson-Cívitas, Madrid, 2003, pag. 2766.

En contra,

*creditoris* si, injustificadamente, rehúsa la entrega, en cuyo caso el vendedor podrá elegir entre consignar, liberándose así del riesgo, o resolver la venta.

Existiendo falta de conformidad el comprador podrá, naturalmente, rehusar la entrega por ser un pago inidóneo y, en consecuencia, gozará de la acción de cumplimiento que le permite exigir la entrega del objeto pactado, la resolución y, en cualquiera de los dos casos, la indemnización por daños y perjuicios si hubiere lugar a ella. El plazo de prescripción de estas acciones será, en España, el general de 15 años.

Cabe preguntarse todavía si tal falta de conformidad debe ser oculta, porque aunque en las normas de transposición citadas no se exige este requisito es evidente que la ignorancia del comprador juega un papel fundamental en este tema, dado que la libertad contractual impone que la aquiescencia del mismo a un objeto defectuoso excluya la responsabilidad del vendedor. En este sentido, el art. 3-3.º LGVBC pone el acento en el aspecto subjetivo de la relación y excluye la responsabilidad del vendedor por las faltas de conformidad que *el comprador conociera, o no hubiera podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato o que tengan su origen en materiales suministrados por el consumidor*. Otorga, por tanto, importancia al conocimiento real que el consumidor tenga del objeto, imputando a éste un mínimo deber de examinar el objeto.

La única diferencia entre este precepto y el art. 2.3.º DLVGBC es puramente semántica, puesto que éste en lugar de exonerar de responsabilidad al vendedor, literalmente excluye la falta de conformidad si el consumidor la conociera o no pudiera razonablemente ignorarla o tuviera su origen en los materiales suministrados por el comprador.

La falta de conformidad debe existir en el momento de la entrega, si bien la responsabilidad del vendedor se limita a las que aparezcan o se manifiesten en un plazo que la Directiva<sup>6</sup> cifra en 2 años a partir

---

<sup>6</sup> Conforme al art. 5-1.º de la Directiva "El vendedor deberá responder de conformidad con el artículo 3 cuando la falta de conformidad se manifieste dentro de un plazo de 2 años a partir de la entrega del bien".



de aquélla. Todo ello nos lleva, por tanto, a situar el punto de gravitación en el momento de la entrega del bien, dado que éste será el momento a partir del cual se computen los plazos para el ejercicio de las garantías legales y no sólo el que determine el traspaso del riesgo al comprador. Por ello, las faltas de conformidad manifiestas o que el consumidor debiera haber detectado en un examen razonable no se podrán reclamar después, simplemente porque se presume que el consumidor las aceptó, o bien porque siendo cosa específica era ésta, precisamente, la que se deseaba adquirir, o bien porque en el momento de la especificación se reveló el objeto como correspondiente al género apetecido. En definitiva, en ambos sistemas se presume la idoneidad del pago cuando el consumidor acepta la entrega.

Nótese, sin embargo, que las normas portuguesa y española cifran el momento en que debe conocer el consumidor la falta de conformidad en el de “celebración” del contrato y no en la entrega, y ello porque es el consentimiento en el objeto y el precio lo que determina la perfección de aquél. La aceptación de la entrega sería el acto propio del consumidor por el que reconocería tal conformidad. Parece razonable lo dispuesto en las citadas normas de transposición, pues lo contrario conllevaría excluir cualquier objeto defectuoso del contrato de compraventa, como si fuera un objeto ilícito, sustrayéndolo a la autonomía de la voluntad. Ahora bien, presumir la aquiescencia cuando el comprador no rehúse la entrega de un objeto que adolece de una falta de conformidad aparente puede ser excesivo, a pesar de que el punto de inflexión para apreciar la responsabilidad o falta de conformidad se haya cambiado en la nueva normativa de consumo respecto de las exigencias para el ejercicio de las acciones edilicias que imponen que el vicio sea oculto (art. 1474-2.º CC), de modo que en aquélla siendo manifiesto su ejercicio queda vedado, sin importar las circunstancias subjetivas del comprador, ni imputarse culpa alguna al mismo. En la normativa de consumo, las circunstancias personales del comprador cobran importancia, puesto que lo relevante es el conocimiento real que el consumidor tenga de la falta de conformidad, salvo que tal ignorancia le sea imputable por no haber realizado un examen razonable, en cuyo caso, si no rehúsa la entrega, perderá el derecho a reclamar. Obsérvese, sin embargo, que normalmente, cuando la falta de

conformidad sea manifiesta y el comprador no la hubiese detectado tras el examen razonable del objeto, lo más probable es que se trate de un contrato anulable por falta de capacidad del comprador o por un vicio del consentimiento. Cuando la falta de conformidad sea ignorada por el comprador o no imputable al mismo, la entrega determina el nacimiento de las acciones derivadas del cumplimiento defectuoso como modalidad de incumplimiento y previstas especialmente en la ley objeto de nuestro estudio como “garantías del comprador”, por lo que importa determinar el momento en que deba entenderse realizada aquélla.

## 2. – *Momento en que se entiende realizada la entrega*

Dado que el punto basculante para determinar si se aplican las acciones previstas en el Código civil o las dispuestas en la Ley especial es la entrega, conviene preguntarse qué es la entrega y cuando se produce. Lo primero que debemos averiguar es si la entrega a la que se refiere la LGVBC es la misma que recogen los arts. 1462 y 1463 CC conforme a los cuales, además del traspaso manual o material de la posesión, caben distintas formas de entrega simbólica. A mi juicio, la única entrega que puede iniciar el cómputo del plazo de dos años para la manifestación de los vicios ocultos es la entrega material, puesto que sin ella no pueden revelarse al consumidor las faltas de conformidad. Por ello, en el caso español (ya hemos visto que en Portugal la entrega no es necesaria para transmitir la propiedad), no siempre coincidirá el momento del traspaso de la propiedad con el de la entrega a los efectos de la presente ley. Conforme a lo dispuesto en el art. 9-2.º LGVBC, *salvo prueba en contrario, la entrega se entiende hecha en el día que figure en la factura o tique de compra, o en el albarán de entrega correspondiente si éste fuera posterior*. Sin embargo, en aquellos casos en que el objeto precisa instalación, tampoco la entrega material permite la detección de defectos, ni siquiera manifiestos, por parte del comprador. Pensemos, por ejemplo, en un aparato de aire acondicionado que el vendedor debe instalar. Lo más probable es que el consumidor ni siquiera levante el embalaje, por poco complicado que sea, ante el temor de romper o perder alguna pieza, de modo que será en el momento de la

instalación cuando se revelen los vicios manifiestos. Si se entiende que el objeto ya ha sido entregado el consumidor sólo podrá reclamar la falta de conformidad y el plazo habrá empezado a correr, aunque le hayan entregado un objeto distinto, lo que parece carente de sentido. Sin embargo, si se entiende que la entrega se lleva a cabo en el momento de la instalación, el comprador está a tiempo de rechazarla, conforme a lo dispuesto en los art. 1166-1.º y 1169 CC<sup>7</sup>. Esta interpretación encaja con la superación de la diferencia entre cosa específica y cosa genérica que se lleva a cabo en la propia ley, de modo que la especificación se realizará en el momento en que el comprador pueda tener verdaderamente conocimiento de que el artículo entregado es conforme, al menos aparentemente, con el objeto del contrato.

Es la efectiva y material puesta a disposición del comprador lo que debe considerarse entrega a los efectos del cómputo de los plazos previstos en los arts. 9 LGVBC y 5 DLVGBC, no sólo por ser la interpretación que mejor tutela los intereses del consumidor, sino también por pura congruencia con su finalidad: a) establecer un plazo de garantía para que aparezcan los vicios o faltas de conformidad, y b) iniciar el cómputo del plazo para el ejercicio de las garantías, siendo evidente que si el consumidor no tiene la posesión material mal pueden manifestarse las carencias y, sin su conocimiento, no podrán ejercitarse las correspondientes acciones. En este sentido debe entenderse lo dispuesto en el art. 9-2.º LGVBC cuando afirma que *salvo prueba en contrario, la entrega se entiende hecha en el día que figure en la factura o tique de compra, o en el albarán de entrega correspondiente si este fuera posterior*, y es que lo más habitual es que así sea, pero en los casos en que, como se decía con anterioridad, se precise instalación por el propio vendedor o por el servicio técnico del fabricante, es obvio que será este momento posterior el que habrá de tenerse en cuenta, aunque la prueba correrá a cargo del consumidor. Si, por el contrario, se entregó la cosa de forma provisional, como ocurre en la venta a ensayo, el plazo comenzará a correr el día que, conforme a la factura, se haya per-

---

<sup>7</sup> Sobre el rehúse ver por ORTI VALLEJO, Antonio, “Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil”, pp. 149 y ss., Comares, Granada 2002.

feccionado la venta, puesto que la fecha del albarán de entrega sólo debe tenerse en cuenta si, como literalmente dice el texto, *fuera posterior*. La solución apuntada para la venta a ensayo o prueba<sup>8</sup> parece también válida para Portugal, dado que la tutela del comprar está necesariamente ligada a un contrato y éste sólo se perfecciona con posterioridad a la entrega.

Confirman las opiniones expuestas, entre otras, las SSTS de 6 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8077) y 14 de octubre de 2003 (RJ 2003/7033) conforme a las cuales *“el dies a quo” para el cómputo del plazo se cuenta desde la entrega de la cosa vendida (...) la entrega real de las cosas vendidas (no la entrega “ficta”, ni la simbólica, según razonable jurisprudencia, por la dificultad de apreciar los vicios)*.

Cabe, así mismo, plantearse cuándo se ha realizado la entrega en aquellos casos en que lo vendido sea un objeto complejo, un conjunto de elementos que se vende como un todo. Pensemos, por ejemplo, en un sistema informático: ordenador, pantalla, scanner, impresora, programas informáticos, etc. El vendedor entrega alguno de los elementos, el ordenador, sin entregar los programas, de modo que no puede usarse. En tal caso, y con independencia de que se califique o no de bien de consumo el programa en sí<sup>9</sup>, es evidente que sólo habrá entrega cuando

<sup>8</sup> Regulada en el artículo 919 del Código civil de Portugal.

<sup>9</sup> Tanto la Directiva 1999/44 como las leyes de transposición española y portuguesa consideran bienes de consumo a los bienes muebles (en el caso de Portugal también a los inmuebles) corporales, lo que plantea la cuestión de si los programas informáticos deben incluirse en esta categoría. No parece haber duda de que el uso de los programas que se sirven por internet no entra en la categoría de bien de consumo, mientras que parece aceptarse que sí se incluyen los programas realizados por encargo del consumidor, siendo discutible, a juicio de LUNA SERRANO, A (*“El alcance los conceptos de venta de bienes de consumo y de garantía”*, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Díez-Picazo, T II, Thomson-Cívitas, Madrid 2003, pag. 2343) que sean bienes de consumo los programas *standard* que se sirven al consumidor mediante una licencia de uso. Ahora bien si examinamos las razones por las que la doctrina realiza la discriminación de los programas que deben o no bienes de consumo, no se encuentra la clave en la corporeidad o incorporeidad de los mismos, sino en el contrato por el que se trasfiere el programa. Así, cuando sólo se cede el uso, se excluye su calificación como bien de consumo, mientras que se acepta cuando se vende el programa o se realiza un contrato de obra. La cuestión no es, entonces, debatir si el programa

ésta abarque la totalidad y que será esta fecha la que deba tomarse como *dies a quo* para el cómputo de los distintos plazos. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense (Sección 2.<sup>a</sup>) de 10 de diciembre de 2002, al entender que si lo vendido es un bloque único y no se han entregado todos los elementos no hay cumplimiento defectuoso sino propio y verdadero incumplimiento.

Esta entrega real y completa es, por tanto, la que debe tenerse en cuenta para el cómputo de cualquiera de los plazos que la establecen como *dies a quo* en las normas de transposición de la Directiva.

## II. – El plazo de garantía

*1 – Finalidad del plazo.* Dispone el artículo 9-1.º de la LGVBC que *el vendedor responderá de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de 2 años desde la entrega.* En total consonancia con lo anterior, el artículo 5-1.º DLVGBC limita al comprador el ejercicio de los derechos nacidos de la falta de conformidad a su manifestación en un plazo de 2 años para los muebles<sup>10</sup>.

Es de resaltar, que mientras la ley española distingue el período de garantía del plazo para el ejercicio de los derechos del consumidor,

---

informático es un bien mueble corporal, algo de lo que no me cabe duda aunque no sea tangible, sino reconducir el tema al propio ámbito de la ley: garantías para la compraventa de consumo. Así, conforme a la ley española, quedarán dentro del ámbito de aplicación de la ley las ventas de programas así como los llamados contratos de desarrollo de *software*, por su asimilación al contrato de obra, mientras que quedarían fuera los contratos de cesión de uso en la medida en que el arrendamiento no queda dentro del ámbito de la ley. En Portugal el ámbito de aplicación es más amplio, puesto que la ley de garantías incluye los arrendamientos.

De otro lado, cuando la venta sea de un conjunto de elementos, entre los que se encuentren bienes corporales y bienes incorporeales, o se trate de un contrato complejo que incluya la venta de consumo, entiendo que, siempre que se hayan vendido como un todo, deberá regirse el contrato por la ley de garantías, dado el carácter imperativo de la misma.

<sup>10</sup> El precepto portugués, más generoso que el español al incluir en el ámbito de la ley a los inmuebles, establece un plazo de 5 años para éstos.

mediante regularlos en apartados distintos del mismo precepto y conferirles distinto *dies ad quem* (dos años para el primero y tres para el segundo), la norma portuguesa establece un único plazo, de dos años, que es, al mismo tiempo, de garantía y de ejercicio de acciones. Se trata, sin duda, de un plazo preclusivo en ambos casos, que marca el límite máximo de la responsabilidad del vendedor: el vendedor responderá, no de *cualquier* falta de conformidad, como aseguran ambas leyes, española y portuguesa, en su respectivo artículo 3, sino sólo de las que se manifiesten dentro del período de garantía.

En efecto, si tal como hemos visto, la falta de conformidad debe ser ignorada por el comprador en el momento de perfeccionar el contrato, es también necesario que su existencia se revele en un plazo no superior a dos años después de la entrega, puesto que transcurrido éste, aun probada la existencia de falta de conformidad con el contrato, el vendedor carece de toda responsabilidad. Se trata, por tanto, de una norma que beneficia al vendedor y que, para determinados artículos de consumo, no parece tener justificación porque, si bien es cierto que debe evitarse la inseguridad jurídica derivada de una responsabilidad eterna del vendedor, también lo es que este plazo parece excesivamente corto tratándose de ciertos bienes, como vehículos automóviles, algunos electrodomésticos, aparatos electrónicos y, en general, todos aquellos de los que se espera una larga vida útil. Pensemos, por ejemplo, en un automóvil que, por un defecto de fabricación en el sistema eléctrico, se incendie espontáneamente a los 50.000 Km., en cuyo caso sólo tendría derecho a reclamar el consumidor que lo haya circulado tanto como para que se manifieste el vicio dentro del período de garantía, pero no el que lo usó menos permitiendo que la falta de conformidad se manifestara transcurrido aquel término<sup>11</sup>.

El plazo de garantía viene a ser un período de prueba que se abre tras la entrega del objeto vendido que, sin atender a la duración del

---

<sup>11</sup> El Comité Económico y Social se percató de este problema y así lo puso de manifiesto en el punto 3.11 de su Dictamen sobre la "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo", n.º C 066 de 3 de marzo de 1997.

bien, puesto que no hace distinciones, asegura al consumidor que cualquier falta de conformidad que se manifieste en tal período y siempre que fuera anterior a la entrega, será a cargo del vendedor. No se trata de garantizar la utilidad o buen funcionamiento del objeto durante esos dos años, sino de ponerlo en conformidad si se demostrara que no lo estaba al ser entregado. Ahora bien, si un artículo se presenta como de larga duración o debe serlo por su naturaleza, y durante el plazo de garantía se manifiesta un defecto que evidencia la inferior duración del mismo a la que cabía esperar al comprador, es indudable que hay falta de conformidad.

Sea como fuere, la nueva disciplina dispuesta para las ventas de consumo mejora sustancialmente, como no podía ser de otro modo, la contenida en los Códigos civiles. Como es sabido, uno de los objetivos de la Directiva era mejorar la excesiva brevedad de los plazos contemplados por los códigos de los distintos países miembros para la manifestación de los vicios que dan lugar a las acciones edilicias, que en el caso que nos ocupa es de 6 meses en ambos sistemas<sup>12</sup>, conforme al art. 1490 CC español y 921-2.º CC portugués, y que tiene en ambos casos el doble carácter de ser plazo para la manifestación del vicio y plazo para ejercitar la acción<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> En el sistema del Código civil se establece un plazo único de 6 meses, dentro del cual deben manifestarse los vicios y, además, ejercitarse la acción.

<sup>13</sup> Sobre los plazos otorgados por el Derecho portugués para el ejercicio de los Derechos del comprador con anterioridad a la entrada en vigor de la actual normativa de consumo, y hoy para las ventas entre particulares, dicen PINTO MONTEIRO y MOTA PINTO, *La protection de l'acheteur de choses défectueuses*, Boletín da Faculdade de Directo, Universidade de Coimbra, 1993, pag. 265 y 266, que para no forzar al vendedor a un período ligo de incertidumbre, el CC portugués establece plazos muy breves tanto para la declaración de la existencia del vicio, como para el ejercicio de la acción de anulación (arts. 916 y 917). Así, en caso de simple error, el adquirente debe denunciar al vendedor la existencia del vicio o la falta de calidad en un plazo de 30 días a contar desde el conocimiento del defecto y, en todo caso, dentro de los 6 meses siguientes a la entrega de la cosa. La acción de anulación por error caduca si el plazo de denuncia ha expirado sin realizarla, o transcurridos 6 meses tras ella, salvo que, en este último caso, el contrato no haya sido aún ejecutado. Aunque tal plazo de caducidad sólo se prevé par la acción de anulación, la jurisprudencia lo aplica también cuando se reclama la reparación o la sustitución de la cosa y a la indemnización por daños consecuencia del error.

El nuevo plazo bienal (o quinquenal si se trata de inmuebles en Portugal) tiene carácter de “mínimo”, en el sentido de que no puede derogarse en perjuicio del consumidor, pero sí puede mejorarse por acuerdo expreso de las partes, salvo que se trate de bienes usados en cuyo caso, tal como disponen los arts. 9-1.º LGVBC y 5-2.º DLVGC, por pacto expreso puede quedar reducido a un solo año. A pesar de que la Directiva permitía a los Estados mejorarlo, en el sentido de alargar el plazo<sup>14</sup>, ninguno de los Estados cuyos sistemas son objeto del presente estudio ha creído conveniente hacerlo y es que no debe olvidarse que también es objetivo de la citada Directiva limitar la responsabilidad del vendedor.

**2. – Naturaleza del plazo.** Considera parte de la doctrina<sup>15</sup> que se trata de un plazo de caducidad, basándose en que no puede interrumpirse. No hay tal, sino que su naturaleza es idéntica a la contemplada por el art. 17 LOE al regular la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la construcción<sup>16</sup>. Como ha declarado en repetidas ocasiones el Tribunal Supremo, el plazo decenal contemplado en el art. 1591 CC no es de prescripción ni de caducidad, sino de garantía, porque dentro de él debe exteriorizarse el vicio ruínógeno para que nazca la acción de responsabilidad que dicho precepto

---

<sup>14</sup> Considerando 17: Considerando que conviene limitar el plazo durante el cual el vendedor será responsable de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega de los bienes; que los Estados miembros pueden también establecer la limitación del plazo durante el cual los consumidores pueden ejercer sus derechos, siempre que dicho plazo no expire antes de transcurridos 2 años a contar del día de la entrega;

Considerando 18: Considerando que los Estados miembros pueden disponer libremente la suspensión o la interrupción del período durante el cual cualquier falta de conformidad debe ponerse de manifiesto y del plazo de prescripción, cuando éstos sean aplicables y de acuerdo con sus legislaciones nacionales, cuando se trate de reparaciones, sustituciones o negociaciones entre vendedor y consumidor con el fin de llegar a una solución amistosa;

<sup>15</sup> COSTAS RODAL, Lucía, “El régimen de la falta de conformidad con el contrato en la compraventa de bienes de consumo”, *Aranzadi Civil*, n.º 2, mayo 2004, pag. 39

<sup>16</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la LOE*, BOE, Madrid, 2000, pag. 470.



establece<sup>17</sup>. Transcurrido el plazo de garantía sin que se haya manifestado el vicio, la acción ya no podría nacer. De modo inverso, la caducidad supone la extinción de un derecho. Pues bien, trasladando lo anterior a nuestro estudio y siguiendo a AGOSTINELLI<sup>18</sup>, el plazo de garantía no tiene por objeto el ejercicio de los derechos del comprador, dado que antes de aparecer la falta de conformidad el consumidor carece de ellos. No se trata, por tanto, de que los derechos del consumidor nacidos de la falta de conformidad decaigan a los dos años de la entrega si el vicio no se ha manifestado en tal plazo, sino de impedir la aparición intempestiva de la falta de conformidad, de modo que si ésta no se revela dentro del plazo dispuesto al efecto, no nace derecho alguno a favor del comprador. En definitiva, es un plazo preclusivo, pero no supone la extinción de un derecho sino que impide su nacimiento, y con él, el de la responsabilidad del vendedor.

Al respecto, afirma BADOSA<sup>19</sup> que el plazo de responsabilidad (al que nosotros venimos llamando “de garantía”) del artículo 5.1.I de la Directiva 1999/44 es cronológico y no jurídico, al ser incompatible con ficciones jurídicas como la suspensión y la interrupción<sup>20</sup>. Si por “no jurídico” debe entenderse que es inalterable y perentorio, hemos de estar de acuerdo con la última opinión citada, aunque no parece que la terminología empleada sea la más clarificadora, por cuanto se califica de jurídico todo hecho que desencadena efectos jurídicos, siquiera sea de forma involuntaria, y no cabe duda de que el plazo de garantía es susceptible de tal calificación, dado que da origen a la responsabilidad del vendedor y, con ella, a los derechos del comprador. Otra cosa es

---

<sup>17</sup> SSTS de CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “Comentario a la STS de 17 de septiembre de 1996”, CCJC, 1997, n.º 43, pág 153 y ss MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, Mª Dolores, “El artículo 1591 ante la Ley de Ordenación de la Edificación”, Aranzadi Civil, n.º , 2000, pag.

<sup>18</sup> AGOSTINELLI, Pierpaolo, “Commento al comma 2 art. 1519-sexies”, en Comentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo, coordinado por Luigi Garofalo, Padova: CEDAM, pp. 557

<sup>19</sup> BADOSA COLL, Garantías en la venta de bienes de consumo, Ponencias de la Conferencia Internacional de Santiago de Compostela, enero 2004, Universidad de Santiago de Compostela, Ferrán, pag. 136.

<sup>20</sup> Para evitar reiteraciones, ver *infra*

que se quiera recalcar el carácter preclusivo de este plazo, e incluso diferenciarlo del plazo de caducidad, para lo que basta con afirmar que si el plazo de caducidad es preclusivo, no todos los plazos preclusivos son de caducidad<sup>21</sup>. El efecto de la preclusión es, simplemente, hacer ineficaces los actos intentados después del transcurso del plazo<sup>22</sup>. Pues bien, en el caso que nos ocupa, realizada la entrega no conforme, el vendedor sólo responderá si la falta de conformidad se revela dentro de los dos años establecidos como plazo de garantía. Fuera de este período temporal marcado por la ley, cualquier manifestación de la disconformidad es jurídicamente irrelevante, porque la función del plazo de garantía es limitar la responsabilidad del vendedor negando el derecho a reclamar del comprador de un bien de consumo. En el fondo de la cuestión late, probablemente, la cuestión de si puede suspenderse el plazo de garantía, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 LGVBC y en el artículo 5.º 5 DLVGB. Me remito al epígrafe correspondiente a la suspensión de los plazos para evitar reiteraciones.

Nótese que, aparecido un vicio durante el período de garantía, el vendedor será responsable exclusivamente del que se ha revelado, pero no de otros que puedan aparecer con posterioridad a la decadencia de aquel plazo. Cabe preguntarse, qué ocurre si se manifiesta un vicio dentro del plazo de garantía, pero se extiende o intensifica con posterioridad. En este caso, parece que si la causa es la misma, debe entenderse manifestado dentro de plazo, mientras que si la causa que originó la mayor gravedad del vicio fuera nueva, el empeoramiento sería intempestivo y el vendedor irresponsable del mismo. También parece que si se manifiesta un vicio dentro de plazo que se denuncia y se repara y, tras precluir aquél, vuelve a manifestarse el mismo vicio, debe entenderse que se manifestó tempestivamente siempre que, todavía, se esté a tiempo de ejercitar la acción.

---

<sup>21</sup> La distinción será probablemente estéril, salvo que se entienda que los plazos preclusivos distintos de la caducidad son incompatibles, siempre y en todo caso, con la suspensión, lo que considero discutible.

<sup>22</sup> Díez-Picazo, Luis, *La prescripción extintiva en el Código civil y en la jurisprudencia*, Thomson-Cívitas, 2003, pag. 92.

En Portugal, el plazo de garantía para la venta de consumo de bienes inmuebles es de 5 años (art. 3-2.º DLVGBC) sin que se distinga entre los distintos tipos de defectos que pueden originar la falta de conformidad. La norma española de transposición, por el contrario, sólo contempla los bienes muebles, pero como se ha dicho, idéntica naturaleza tienen los plazos dispuestos en la Ley de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE), cuyo artículo 17 dispone el de 1 año para defectos de mero acabado, 3 años para defectos de habitabilidad y 10 años desde la entrega para los defectos estructurales. Al respecto, es de resaltar la brevedad del plazo de 1 año previsto para los defectos de acabado en una vivienda si se compara con el más dilatado de 2 años dispuesto para cualquier bien mueble corporal, y más aún si tenemos en cuenta que, conforme a lo dispuesto en la LGCU también las viviendas son bienes de consumo.

3. – *Cosas usadas.* Cuando los bienes sean usados, el plazo de dos años de garantía deja de ser imperativo y puede verse reducido a sólo uno, siempre que las partes así lo pacten. De este modo lo disponen tanto la legislación española (art. 9-1.º LGVBC) como la portuguesa (art.5-2.º DLVGBC), de conformidad con el considerando 12 de la Directiva, el cual se basa en que la naturaleza específica de los bienes de segunda mano hace generalmente imposible sustituirlos. Se parte, por tanto, de la idea preconcebida de que las cosas usadas son siempre específicas, probablemente entendiendo que el uso las dota de características únicas. A mi juicio, tal premisa no puede aceptarse sin reservas, por cuanto considero fuera de toda duda que la práctica totalidad de los bienes de consumo son bienes fabricados en serie y, por tanto, genéricos y sustituibles. Conforme a esto, entiendo también que el hecho de que una cosa haya sido usada incide en su especificidad, la mayoría de las veces, de un modo menor y tangencial que reduce la amplitud del género, pero sin convertir necesariamente el objeto en único. Pensemos en la compra de un ordenador o de un vehículo usado: al consumidor le interesan la marca, las características técnicas del modelo y el estado de conservación, de modo que, muy probablemente, las propiedades de uno las reúna también una serie completa de objetos idénticos a los efectos de satisfacer el interés del comprador.

Sea como fuere, lo que sí es cierto es que las expectativas de vida que el objeto usado tiene para el consumidor no pueden ser las mismas que si el objeto es nuevo, sino que posiblemente se habrán reducido y, en atención a ello, parece sensato que se reduzca también el plazo de garantía legal. Indirectamente, la exigencia de pacto expreso para lograr la reducción del plazo de garantía en los bienes de segunda mano tiene la ventaja de que, indirectamente, viene a alertar al consumidor sobre la verdadera naturaleza del objeto que adquiere. Quede claro, en todo caso, que la ley impone un límite al pacto entre las partes: la garantía no puede ser inferior a un año.

Un aspecto que no aclara la ley española es la referente a las relaciones entre los diferentes eslabones de la cadena de ventas y el consumidor de bienes de segunda mano, sobre todo porque puede conducir a alargar la responsabilidad del fabricante. Me refiero al hecho de que se limita la responsabilidad del vendedor mediante exigir la manifestación del defecto en un plazo de 2 años desde la entrega, pero ello no conduce necesariamente a limitar la responsabilidad del fabricante, a pesar de que para el ejercicio de la acción directa siga siendo necesario estar dentro del plazo de garantía. En efecto, adquirido un bien de segunda mano, por ejemplo un automóvil, que llevara en circulación 3 años, el nuevo adquirente tendrá derecho a, como mínimo, un período de garantía legal de otro año más (o dos años completos si no se pactó lo contrario). Sin embargo, nótese que como consecuencia de las ventas sucesivas del mismo objeto, el fabricante deberá reembolsar al vendedor que subsane la falta de conformidad y repita contra él, y así sucesivamente, sin que en la ley española exista límite temporal alguno a tal reclamación.

De modo diverso, el artículo 8.º 2 DLVGBC limita la responsabilidad del fabricante ante el vendedor a las faltas de conformidad que se produzcan en el plazo de 5 años desde la entrega por el profesional demandado, mientras que el artículo 7.º 1 DLVGBC parece reducir la legitimación pasiva en la acción de regreso al profesional del cual se adquirieron los bienes. De ser así, la acción de regreso contra el fabricante sólo podría darse, en ventas de segunda mano, cuando el productor lo hubiera entregado al vendedor, como mucho, 5 años antes. De todos modos, siempre que el producto lo haya suministrado un mayorista

debidamente autorizado por el fabricante, deberá considerarse que fue este mismo quien lo entregó, por efecto de la representación.

### III. – Presunción de que la falta de conformidad es anterior a la entrega

Tal como vimos, el vendedor sólo responde de las faltas de conformidad que, siendo ocultas en el momento de la celebración del contrato, se manifiesten dentro de los dos años siguientes a la entrega. Ahora bien, consciente el legislador de la dificultad que para el comprador entraña la prueba de la preexistencia de la falta de conformidad, establece una presunción *iuris tantum* a favor del consumidor, de que si aquélla se manifiesta dentro de un plazo determinado, ya existía en el momento de celebración del contrato y/o de la entrega. En este punto, la ley española, siguiendo a la Directiva, dispone un plazo de 6 meses para tal presunción, mientras que la ley portuguesa lo eleva a 2 años, lo que supone que abarca la totalidad del período de garantía legal. La finalidad de este plazo es relevar al consumidor de probar el origen de la falta de conformidad, siendo el vendedor, con más medios y datos que el comprador sobre el origen y manipulación del objeto, quien deba demostrar que la falta de conformidad es posterior a la entrega.

En consecuencia, el comprador está obligado a probar la existencia del vicio, así como su manifestación dentro de los primeros 6 meses si la ley aplicable es la española, o durante los 2 primeros años, si lo fuera la portuguesa, mientras que el vendedor deberá demostrar que el objeto era conforme en el momento de la entrega, salvo que, como dice el art. 3-2.º DLVGBC, coincidiendo con lo dispuesto en el art. 9-1.º LGVBC, *esta presunción sea incompatible con la naturaleza del bien o la índole de la falta de conformidad*. Lo pretendido no es más que aligerar la carga del comprador para facilitarle el ejercicio de los derechos que se le reconocen como consecuencia de la falta de conformidad. Para la ley española, transcurrido este plazo tornará a recaer sobre el comprador el *onus* de probar, también, la preexistencia de la falta de conformidad al momento de la entrega. En Portugal, dado que la

presunción abarca todo el período de garantía, denunciado el vicio dentro de plazo es siempre el vendedor quien debe probar que se produjo después de la entrega. Parece como si el legislador portugués quisiera hacerse perdonar, con el alargamiento de la presunción, la brevedad del plazo de 6 meses, a contar desde la denuncia, que para reclamar la falta de conformidad dispone su artículo 5.º 4 DLVGC.

Se plantea el interrogante de averiguar cuál es la naturaleza del bien que pueda resultar incompatible con el defecto. De un lado, puede pensarse que no cabe la presunción cuando el defecto que se alegue sea una característica propia del género, pero en tal caso lo que queda excluida es la existencia de falta de conformidad. En opinión de AGOSTINELLI se refiera a objetos poco duraderos, como productos alimenticios frescos<sup>23</sup>. A mi juicio, en el mismo caso estarían aquellos objetos que, por su precio, composición y materiales, hicieran evidente al comprador su escasa duración, como algunos de los que se venden en las ferias populares o en tiendas de "todo a 1 €". En cuanto a la naturaleza del defecto que excluya tal presunción, puede ser la propia de aquellos objetos que no son susceptibles de ser usados sin deterioro, como unos zapatos. Ahora bien, sea como fuere, parece que cuando el vendedor quiera exonerarse de la carga de la prueba por esta vía, deberá alegar y demostrar la incompatibilidad.

#### IV. – Plazo de denuncia

**1. – Fundamento, naturaleza y duración.** – Es éste un deber nuevo en el ordenamiento civil español, ajeno a la venta entre particulares, pero ya existente en las ventas entre profesionales<sup>24</sup>, y que

<sup>23</sup> AGOSTINELLI, Pierpaolo, *Commento al comma 2 art. 1519-sexies*, en "Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo", coordinado por Luigi Garofalo, Padova: CEDAM, pag. 582

<sup>24</sup> Aunque no es nuevo en el Derecho mercantil, dado que expresamente viene recogido el deber de denunciar en el art. de la Convención de Viena. Por su parte, la jurisprudencia española ha venido interpretando en tal sentido los arts. 336 y 342 del Código de comercio.

gozaba de tradición en el Derecho portugués que lo recoge, para las ventas de consumo, en el art. 5.º 3 DLVGB. En el caso de Portugal, el art. 916 de su Código civil establece la obligación de denunciar en un plazo de 30 días tras conocer el defecto, por lo que la nueva norma de consumo favorece a este tipo de comprador, ya que alarga a 2 meses el plazo para la venta de muebles y a 1 año el de los inmuebles.

Por cuanto respecta a España, dispone el art. 9-4.º LGVBC que “el consumidor deberá informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella”. Paradójicamente, en este punto se impone al consumidor un nuevo deber, que no recae sobre el comprador en la venta entre particulares, apareciendo como una suerte de contrapartida al alargamiento del plazo para el ejercicio de las acciones. Se ha afirmado<sup>25</sup> que el fundamento de este deber radica en que, cuanto más tiempo pase desde el descubrimiento del vicio, más difícil será para el vendedor averiguar si es o no responsable del mismo. Esta podría ser una razón potente, habida cuenta de que el plazo de presunción de la anterioridad del vicio es muy largo en Portugal (2 años), pero pierde su sentido en el sistema español, donde el plazo es de sólo 6 meses y, vencido éste, toda la carga de la prueba recae sobre el consumidor.

La denuncia no es más que una declaración del comprador por la que informa al vendedor de la existencia de alguna falta de conformidad en la cosa entregada y se lleva a cabo para romper la presunción de cumplimiento generada por el pago. En efecto, al aceptar el comprador la entrega de la cosa vendida con un defecto se genera una apariencia de conformidad y de liberación del vendedor. La aparición de una falta de conformidad dentro del plazo de garantía, sin embargo, da lugar a la responsabilidad del vendedor, de modo que sólo informándole debidamente de que se encuentra en situación de incumplimiento puede hablarse de lealtad del consumidor. Por ello, la denuncia es presupuesto

---

<sup>25</sup> AGOSTINELLI, Pierpaolo, “*Commento al comma 2 art. 1519-sexies*, en” *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*”, coordinado por Luigi Garofalo, Padova: CEDAM, pag. 560

para el ejercicio de la acción por parte del comprador de consumo<sup>26</sup> ya que sin ella puede afirmarse que no nacen los derechos del consumidor. A diferencia del Derecho español, en Portugal la denuncia no se impone como un presupuesto para el nacimiento del derecho, sino como una carga cuyo incumplimiento genera la pérdida de aquél, al caducar las acciones de que ya dispone el acreedor<sup>27</sup>. No obstante, dado que la presentación de la demanda dentro de plazo equivale a la denuncia y que si no se denuncia (ni se demanda) tempestivamente no nacen ni la responsabilidad del vendedor ni los derechos del comprador, puede concluirse que la postura de la norma portuguesa no difiere de la española, sino que son dos formas de contemplar el mismo fenómeno.

Conforme a lo expuesto, la denuncia interesaría a ambas partes por razones de celeridad, economía y seguridad jurídica. Al consumidor comprador, porque la forma más fácil de obtener la conformidad es comunicar su falta al vendedor, pudiendo así evitar un litigio. Al vendedor, porque sólo conociendo la falta de conformidad puede demostrar que fue posterior a la entrega y oponerse a ella; probar que el consumidor la conocía y aceptó al celebrarse el contrato; o subsanarla y liberarse del vínculo obligacional, motivo éste por el que la denuncia debe formularse en un plazo breve. Ahora bien, obra exclusivamente en favor del vendedor la conversión de la denuncia en presupuesto para el nacimiento de la garantía del consumidor, de modo que es una carga impuesta al comprador que proporciona una excepción al vendedor. Es de resaltar, que la denuncia no evita el incumplimiento sino que desencadena la responsabilidad derivada del mismo, pues con anterioridad a ella se presume que el vendedor ha cumplido y que ha cumplido bien, en virtud de esa apariencia de conformidad que tiene lugar cuando el comprador acepta la entrega sin reservas. Tal apariencia, creada por la

---

<sup>26</sup> ORTI VALLEJO, Antonio, "*Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil*", Comares, Granada, 2003, pag. 125

<sup>27</sup> En Derecho portugués, para evitar la caducidad de la acción como consecuencia de no haber realizado la denuncia dentro de plazo, es preciso demandar judicialmente al vendedor dentro del plazo de denuncia. Sin embargo, es evidente que el mismo fenómeno puede contemplarse desde el otro lado: no nace el derecho del consumidor si no se ha denunciado, y la demanda equivale a la denuncia.



inexistencia de rehúse y mantenida conscientemente por el comprador a pesar de haberse manifestado la falta de conformidad, implica una deslealtad en la relación contractual que el ordenamiento sanciona negando los derechos del consumidor. De alguna manera, es como si al aceptar el consumidor la entrega y guardar silencio se generase una expectativa de definitiva liberación en el vendedor que sólo puede romperse con la protesta de aquél, si la falta aparece dentro del plazo de 2 años dispuesto en la ley (5 si son inmuebles en Portugal) y siempre que se realice la denuncia dentro de los 2 meses siguientes a su descubrimiento.

Ahora bien, que la apariencia de conformidad desencadene la presunción *iuris tantum* de que es así desde la entrega y que se rompa tal presunción con la denuncia, implica imponer al consumidor la obligación de examinar la cosa y dota de efecto positivo al silencio más allá del plazo legal de 2 meses tras su descubrimiento, con la consecuencia de presumir la conformidad, ahora, *iuris et de iure*. En este sentido, dice ROMANO MARTÍNEZ<sup>28</sup> que no habiendo sido denunciados los defectos tempestivamente, el comprador y el dueño de la obra pierden todos los derechos establecidos para las hipótesis de cumplimiento defectuoso, pues si el acreedor no reclama, puede presumirse que se ha aceptado la disconformidad. La denuncia es, por tanto, una carga y el comprador que no denuncia está renunciando, de facto, a generar su garantía.

Desde el punto de vista material, la denuncia es un simple acto jurídico y no un negocio, puesto que siendo aquélla voluntaria sus efectos vienen predeterminados por la ley y consiste en una comunicación del consumidor al vendedor, sin que se exija forma alguna para su eficacia. Como tal acto, coincide en su formulación con los que dan lugar a la interpelación o requerimiento de pago que interrumpe la prescripción y coloca al deudor en mora en el sistema español y, como éstos, puede ser extrajudicial o judicial, puesto que no imponiendo ningún límite la ley, es obligado entender que la acción judicial ejercitada

---

<sup>28</sup> ROMANO MARTÍNEZ, Pedro, “Cumprimento defectuoso, en especial, na compra es vendae na empreitada”, Almedina, Coimbra 2001, pag. 331

dentro de los dos meses siguientes a la aparición de la falta de conformidad es, de por sí, una forma de denuncia. Sin embargo, la denuncia del consumidor no es una forma de interrupción de la prescripción, porque no puede prescribir un derecho que aún no ha nacido para el derecho español al ser presupuesto para ello, y tampoco coloca en mora al vendedor porque, además de que ya lo estaría si no hubiera entregado, los derechos del comprador de consumo nacen del cumplimiento defectuoso, pero no del incumplimiento absoluto o de la mora, puesto que no hay entrega.

En cuanto al ejercicio de la acción judicial dentro del plazo de denuncia, siempre será posible que el vendedor se allane evitando así que continúe el procedimiento, pero ¿podrá también allanarse a la reclamación sin hacerlo a la pretensión en concreto? Me refiero, por ejemplo, al supuesto en que se reclame la reparación y el vendedor conteste ofreciendo la sustitución. Opina ORTI que, en tal caso, el vendedor podrá acudir al procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 2127 LEC y pedir el reconocimiento del objeto para determinar su exacto estado<sup>29</sup>.

Ahora bien, estas últimas afirmaciones no pueden extenderse a Portugal, ya que la naturaleza de esta obligación tiene en este país distintas connotaciones que en España. En efecto, es de resaltar que tanto el Decreto-Ley de Garantías en la Venta de Consumo como el art. 916.1.º CC contemplan la denuncia como un modo de evitar la caducidad de la acción que ostenta el comprador por los vicios y faltas de conformidad, y no como un presupuesto para el nacimiento de los derechos del comprador, sea éste consumidor o no. Así, de un lado, mientras la doctrina española viene interpretando el art. 9-4.º LGVBC como un requisito a cumplimentar por el consumidor para el nacimiento de sus derechos. De otro, la doctrina portuguesa distingue dos hipótesis:

- a) que no se denunciara el defecto, en cuyo caso el comprador debe ejercitar la acción judicial dentro del plazo de denuncia<sup>30</sup>

<sup>29</sup> ORTI VALLEJO, Antonio, cit., pag. 127

<sup>30</sup> El plazo de denuncia para los muebles es de 30 días conforme al art. 916.º-2 CC y 2 meses conforme al Decreto-Ley de garantías en la Venta de Consumo, mientras que para los inmuebles es de 1 año en ambos casos.

- para evitar su decadencia inmediata. En este caso, la demanda hace también las veces de denuncia, pues ésta es requisito para el ejercicio del derecho del comprador, y
- b) que se realizara la denuncia dentro de plazo, en cuyo caso se abre otro período de 6 meses para interponer la acción judicial, a contar desde la denuncia misma, siendo de recalcar que todos estos plazos son de caducidad<sup>31</sup>. En efecto, la denuncia no es sólo un acto jurídico que se contempla en la ley como requisito para el ejercicio de los derechos del consumidor, sino que también determina un plazo perentorio para llevarlos a cabo.

El momento del descubrimiento de la falta de conformidad es el *dies a quo* a partir del cual empieza a contar el plazo de 2 meses<sup>32</sup> fijado por la ley para realizar el requerimiento conforme a lo dispuesto en el art. 9.4.1.º LGVBC y 5-4.º DLVGB. No hay duda de que, en ambos sistemas se regula como un plazo de caducidad. Sin embargo, nótese la dificultad, por no decir imposibilidad, de que en la inmensa mayoría de los casos el vendedor demuestre que el plazo había decaído en el momento de formular la denuncia. Así, mientras que en Portugal la prueba de haber realizado la denuncia corresponde al comprador y en España se presume realizada dentro de plazo, es lo cierto que en ambos sistemas será el vendedor quien, al plantear su excepción, alegue y pruebe la caducidad, de modo que difícilmente podrá ser apreciada de oficio. Por ello, la fecha en que se realice el requerimiento puede operar, en la práctica, como *dies a quo* y no sólo como *dies ad quem*, lo que ocurrirá cuando el consumidor afirme haber descubierto el vicio el mismo día en que denuncia, quedando entonces reducida la denuncia a un simple requisito o carga impuesto al comprador, pero sin operatividad del plazo en sí mismo considerado.

---

<sup>31</sup> ROMANO MARTÍNEZ, Pedro, “*Directo das Obrigações*”, Parte Especial, Contratos, Almedina, 2001, pag. 145

<sup>32</sup> Ambos ordenamientos disponen un plazo de 2 meses para la denuncia, si bien Portugal lo extiende a 1 año si el objeto es un inmueble. En España no hay, conforme a lo dispuesto en la Ley de Ordenación de la Edificación, obligación de denunciar si se trata de un inmueble.

Cabe preguntarse si es efectiva la denuncia realizada dentro del plazo conferido para el ejercicio de las acciones por el consumidor y agotado ya el plazo de garantía, cuando el descubrimiento se haya producido dentro del plazo de garantía. Nótese que el vicio debe manifestarse dentro del plazo de garantía pero puede denunciarse hasta dos meses después, de modo que, revelándose la falta de conformidad el último día del plazo de garantía, todavía podría denunciarse, en España, 2 meses más tarde, dado que el plazo para reclamar es de 3 años. Ahora bien, será conveniente realizar el requerimiento de forma fehaciente, para desencadenar los efectos de la presunción contenida en el artículo 9-4.2.º LGVBC, de modo que quedará a cargo del vendedor la prueba de que el defecto apareció transcurrido el plazo de garantía.

Por lo que respecta a Portugal, si no se denunció el defecto podrá ejercitarse en cualquier caso la acción sólo durante el año siguiente a su aparición, si el bien es inmueble, o dentro de los dos meses siguientes a aquélla si se trata de un mueble, siempre que se manifieste la falta dentro del plazo de garantía. Después caducará el derecho. Ahora bien, si el defecto se denuncia dentro de plazo, es decir, dentro de los referidos 2 meses o 1 año establecidos por el art. 5-4.º DLVGBC, no siempre gozará el consumidor de 6 meses más, a contar desde la denuncia, para ejercitar la acción. En efecto, como el plazo de garantía y el genérico de ejercicio de la acción por falta de conformidad tienen idéntica duración, si el vicio aparece cuando restan menos de 6 meses, la denuncia no confiere el alargamiento del plazo de 2 años, sino que la acción debe ejercitarse dentro de éste para evitar su caducidad.

La exigencia impuesta por España y Portugal de denunciar la falta de conformidad en el plazo de 2 meses viene permitida por la Directiva 1999/44 en el art. 5.2, si bien no lo recomienda<sup>33</sup>. En base a

---

<sup>33</sup> Considerando 19: Considerando que los Estados miembros deben poder establecer un plazo en el que el consumidor deba informar al vendedor acerca de cualquier falta de conformidad; que los Estados miembros podrán garantizar un mayor nivel de protección renunciando a establecer dicha obligación; que en cualquier caso los consumidores de la Comunidad debe poder disponer de 2 meses como mínimo para informar al vendedor de la existencia de una falta de conformidad;

tal autorización, establece el art. 5-4.º DLVGBC que los derechos del consumidor caducan transcurridos los plazos de 2 meses o un año (según se trate de muebles o inmuebles) si aquél no practicó la denuncia. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el plazo de 6 meses apuesto al anterior para que la denuncia sea tempestiva. Tal como se recoge en el apartado 4.º del art. 5 DLVGBC para ejercer sus derechos el consumidor en Portugal deberá llevar a cabo la denuncia dentro de un plazo de 2 meses o 1 año (según se trate de mueble o inmueble) tal como manda el art. 5-3.º DLVGBC, y además, y aquí podría radicar el problema, deberá ser dentro del plazo de *6 meses desde la denuncia*. De este modo, aparecida la falta de conformidad dentro del período de garantía de 2 o 5 años, según el objeto sea mueble o inmueble (art. 3-2.º DLVGBC), se abre para el consumidor la posibilidad de ejercitar sus derechos, pero éste debe denunciar aquella falta o interponer la acción directamente en el plazo de 2 meses (o 1 año si son inmuebles) y, caso de haber denunciado, goza de un plazo de 6 meses desde la denuncia para ejercitar la acción por el vicio denunciado. También éste es un término de decadencia y se revela conflictivo por cuanto parece contravenir lo dispuesto en el art. 5.1 de la Directiva, conforme a la cual, el plazo mínimo de “prescripción”<sup>34</sup> para las acciones derivadas de la falta de conformidad es de 2 años desde la entrega. Para evitar reiteraciones, me remito a lo que se dirá en el apartado correspondiente a la prescripción de los derechos del consumidor.

Sea como fuere, lo relevante a efectos de la denuncia es la emisión de la comunicación en que aquélla consiste y no su recepción por el vendedor. Así lo entiende CALVÃO DA SILVA<sup>35</sup> en base a que, el art. 12-3.º y 4.º de la Ley n.º 24/96 de Defensa del Consumidor, expresamente se refiere al hecho de que el consumidor – *no haya realizado la denuncia* –<sup>36</sup> y no a que el vendedor la haya recibido. En el mismo sentido cabe citar el art. 917 CC portugués cuando se refiere a la extinción de

<sup>34</sup> “Caducidad” en la versión portuguesa

<sup>35</sup> CALVÃO DA SILVA, João, “Venda de bens de consumo”, Almedina, 2003, pag. 94

<sup>36</sup> Literalmente dice el texto “*sem que o consumidor tenha feito a denúncia*”.

la acción por simple error cuando transcurran los plazos para realizarla – *sem o comprador ter feito a denúncia*-. Desde luego, si se acepta que en el fondo de esta obligación late la idea de la lealtad en el ejercicio de los derechos, parece que ésta de la emisión debe ser la interpretación correcta.

**2. – Excepciones a la obligación de denunciar.** – Como excepción a lo antedicho, el consumidor no estará obligado a denunciar en aquellos casos en que el vendedor reconozca la existencia del defecto<sup>37</sup>. Cabe plantearse también qué sucede si el vendedor conocía la falta de conformidad y se la ocultó al consumidor. El Código civil portugués (art. 916-1.º) y el italiano (art. 1519-sexies, comma 2) excluyen, en caso de dolo, la obligación de denunciar. Nada dice la norma española, pero si la *ratio* de tal exigencia es la lealtad en las relaciones contractuales de consumo, no parece de recibo que el vendedor doloso pueda alegar como excepción la ausencia de denuncia tempestiva, además de ser absurdo exigir al comprador que informe al vendedor de lo que éste conocía de sobra.

En conclusión, podría afirmarse con carácter general que no parece que quepa exigir al consumidor la denuncia cuando, por cualquier causa, el vendedor conoce el defecto. Es evidente, dice ROMANO MARTÍNEZ<sup>38</sup>, que si el vendedor actuó con dolo no es necesario que el comprador le comunique el defecto de la cosa, pues éste ya sabe que la cosa es defectuosa, motivo por el cual debe excluirse también la obligación de denunciar si hubiera habido reconocimiento del vendedor. Más dudoso es que pueda presumirse la obligación del vendedor de conocer determinados defectos, tal como establecen la LUCI y el Convenio de Viena.

**c) Presunción de haber realizado la denuncia.** La obligación de denunciar no viene, en modo alguno, impuesta por la Directiva 1999/44 que sólo faculta a los Estados miembros para su contemplación y

<sup>37</sup> ORTI VALLEJO, Antonio, “Los defectos...”, cit, pag. 146

<sup>38</sup> ROMANO MARTÍNEZ, Pedro, “*Directo das obribazcoes*”, Parte Especial, Contratos, Compra e Venda, Almedina, 2001, pag. 142

les impone, eso sí, que de incorporar este requisito, se otorgue un plazo mínimo de 2 meses desde el descubrimiento del vicio de conformidad. Repárese en que la exigencia a raja tabla de este deber de comunicación puede vaciar completamente de contenido las garantías dispuestas a favor del comprador, motivo por el cual la Directiva se muestra francamente contraria a su incorporación por los Estados miembros<sup>39</sup>.

Quizás por ello, presume la ley española en su art. 9-4.º *in fine* que, *salvo prueba en contrario, se entenderá que la comunicación ha tenido lugar dentro del plazo establecido*. La consecuencia es que la carga de la prueba de la denuncia no recae sobre el consumidor, sino sobre el vendedor, y será éste quien deba demostrar que no se realizó, lo que viene a ser una prueba casi diabólica que aligera mucho la situación del consumidor en España. No contiene el Decreto-Ley portugués una norma semejante, como tampoco lo hace el art. 1919 – sexies del Código civil italiano. Lo que es de resaltar, porque en ambos sistemas el de denuncia era ya un deber con anterioridad a la transposición de la Directiva 1999/44.

Debe tenerse en cuenta, que la denuncia no requiere forma alguna para su validez, motivo por el cual, en aquellos países que, como Portugal, no contienen una presunción semejante, sea muy aconsejable realizarla por cualquier medio que deje constancia de la misma, ya sea escrito o telemático, facilitando así la prueba al consumidor.

---

<sup>39</sup> En efecto, tras disponer el art. 5-2.º-1 de la Directiva 1999/44 que los Estados miembros pueden someter el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor al deber de comunicar al vendedor la falta de conformidad, los apartados 2 y 3 del citado apartado dicen textualmente que "Los estados miembros informarán a la Comisión acerca de la forma en que apliquen lo dispuesto en el presente apartado. La comisión controlará el efecto que sobre los consumidores y sobre el mercado interior tenga la existencia de esta opción otorgada a los Estados miembros. A más tardar el 7 de enero de 2003, la Comisión elaborará un informe sobre la aplicación del presente apartado por los estados miembros. Dicho informe se publicará en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

## V. – Plazo para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor

### 1. – Naturaleza del plazo ¿prescripción o caducidad?

Conforme a lo dispuesto en el art. 9-3.º LGVBC *la acción para reclamar el cumplimiento de lo previsto en los artículos 1 a 8 de esta Ley prescribirá a los tres años desde la entrega del bien.*

Por su parte, el artículo 5.º 4 DLVGBC establece que “*Os directos conferidos ao consumidor nos termos do n.º1 do artigo 4.º caducam findo qualquer dos prazos referidos nos números anteriores sem que o consumidor tenha feito a denúncia, ou decorridos sobre esta seis meses*”.

Nadie discute en Portugal que se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción, por lo que el problema de su naturaleza se plantea, únicamente, en el sistema español.

En efecto, aunque la mayoría<sup>40</sup> de la doctrina española opina que se trata de un plazo prescripción, y a pesar de que la ley emplee el término “prescripción”, parece necesario ahondar en la naturaleza jurídica del plazo para el ejercicio de la acción del consumidor.

a) La Directiva 1999/44 no impone el plazo de prescripción en sentido estricto, sino que permite a cada Estado configurarlo, conforme a su ordenamiento interno, como mejor le convenga, indicando en el

---

<sup>40</sup> A favor de considerarlo un plazo de prescripción: LETE ACHIRIZA, Javier, “La transposición de la directiva 1999/44 en el Derecho español mediante la Ley de 10 de julio de 2003 de garantías en la venta de bienes de consumo”, en *Garantías en la venta de bienes de consumo*, Ponencias de la conferencia Internacional, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pag. 216; MORALES MORENO; VERGEZ, Mercedes, *La protección del consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 110 y 111.

Considera que es un plazo de caducidad BADOSA COLL, Ferrán, “El elemento y temporal en los supuesto de hecho de la responsabilidad del vendedor. Los plazos del artículo 5 de la Directiva 1999/44 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo”, en *Garantías en la venta de bienes de consumo*, Ponencias de la conferencia Internacional, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 139 y 140.



artículo 5.1 que “si con arreglo a la legislación nacional, los derechos previstos en el apartado 2 del artículo 3 están sujetos a un plazo de prescripción, éste no podrá ser inferior a 2 años desde la entrega del bien”, de modo que opta por no intervenir en la regulación nacional de la prescripción o caducidad del derecho, como prueba el hecho de que la directiva 1999/44 en su versión portuguesa se refiera a la “*caducidade*”. Argumenta MORALES MORENO<sup>41</sup> que el hecho de que algunos de los remedios dispuestos en la Directiva 1999/44 para la falta de conformidad sean derechos sujetos a caducidad no obsta para que la ley de transposición pueda someterlos a todos a un plazo de prescripción, lo que a mi juicio es, sin duda, cierto si la LGVBC los configurara así, pero eso es, precisamente, lo que se trata de averiguar.

En este sentido, no cabe ignorar que el artículo 1490 CC se refiere a la “extinción” de las acciones edilicias<sup>42</sup> y que la jurisprudencia entiende, sin fisuras, que se trata de un plazo de caducidad<sup>43</sup>. Tradicionalmente se viene asociando la caducidad a los derechos potestativos, lo que, en nuestro caso, poco soluciona dada la polémica doctrinal en torno al concepto, contenido e incluso denominación de este tipo de derechos. Ciertamente, alguno de los derechos reconocidos al consumidor por la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo son, sin duda, potestativos, como es el caso del derecho a pedir la resolución o del de exigir una rebaja del precio<sup>44</sup>. Sin embargo, se plantean dudas a la hora de calificar tal naturaleza del derecho de sustitución y parece claro que no es potestativo el derecho a la reparación. Sin embargo, como pone de manifiesto RUBIO TORRANO<sup>45</sup> la

---

<sup>41</sup> MORALES MORENO, Antonio Manuel, “Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa”, Anuario de Derecho Civil, Tomo LVI, Fascículo IV, octubre-diciembre 2003, pag.1644.

<sup>42</sup> Díez-PICAZO, Luis, La prescripción extintiva en el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Thomson-Cívitas, 2003, pag. 67.

<sup>43</sup> SSTS de 30 de octubre de 1981 (RJ 1981/5467), de 6 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8077), de 19 de mayo de 1998 (RJ 1998/3381), de 2 de junio de 2001 (RJ 2001/5530) y de 14 de octubre de 2003 (RJ 2003/7033), entre otras.

<sup>44</sup> Ver STS de 23 de junio de 2000 (RJ 2000/5302).

<sup>45</sup> “Prescripción y caducidad de los derechos y acciones”, en Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, n.º 14, pag. 53.

caducidad no debe limitarse a los derechos potestativos, sino que “en principio, cualquier derecho, facultad o acción es susceptible de caducidad, siempre que en su contenido aparezca integrado el elemento temporal como parte sustancial del mismo”. Dado lo problemático que resulta identificar tal categoría – continúa el referido autor – hay que desterrar la necesaria coincidencia entre derechos potestativos y caducidad, sin que ésta pueda quedar supeditada a determinados tipos de derechos. Desde esta perspectiva, queda claro que la coexistencia de varios derechos en la genérica acción por falta de conformidad, siendo distinta la naturaleza de cada uno de los derechos que a aquélla se anudan, no determina por sí sola la caducidad o prescripción del plazo para ejercitarla, por cuanto los derechos potestativos pueden quedar sujetos a prescripción o los no potestativos a caducidad. Sin embargo, a mi juicio, sí es cierto que la existencia de varios derechos que, sin duda, son de carácter potestativo, alerta sobre la posible naturaleza caduca de la acción.

De otro lado, aún cuando el plazo que nos ocupa no es tan breve como el establecido para los retractos, cuya caducidad nadie discute, tampoco es tan largo como para pensar que se trata necesariamente de prescripción. Así, el decurso de 3 años es, por ejemplo, inferior a los 4 años dispuestos por la ley para la decadencia de la acción de anulabilidad, y ello no es óbice para que tal plazo se considere de caducidad.

En cuanto al fundamento de la caducidad, no cabe duda de que la defensa de la seguridad del tráfico es, en la materia que tratamos, una premisa de tanta importancia como pueda serlo la defensa del consumidor, y así se hace patente en el propio artículo 5 de la Directiva al contraponer la duración máxima del plazo de garantía, en el cual deben aparecer los vicios, en beneficio del vendedor y de la seguridad del tráfico, a la duración mínima de los 2 años de prescripción para el ejercicio de los derechos del consumidor. En esta ambivalencia, era justificable que gran parte de la doctrina defendiera, en su momento, que el plazo del artículo 1490 CC se considerase de prescripción y no de caducidad, dada la brevedad de los 6 meses otorgados en el citado precepto, pero tras la reforma en materia de consumo no tiene sentido seguir defendiendo la prescripción, dado que el plazo de 3 años otorgado por la ley de transposición no sólo es suficiente, sino que, comparado

con el plazo de 1 año por vicios de ejecución e incluso, con el de 3 años por defectos de habitabilidad que establece la Ley de Ordenación de la Edificación en el art. 19, parece un agravio comparativo si tenemos en cuenta la naturaleza inmueble del objeto en estos últimos.

b) *El plazo de caducidad es fijo.* La nota que mejor define la naturaleza de la caducidad frente a la prescripción es, sin duda, el carácter cerrado de aquélla. El plazo de caducidad es preclusivo, mientras que el de prescripción permite mantener viva la acción indefinidamente si su titular despliega cualquier actividad que lo interrumpa. En consecuencia, el plazo de caducidad viene predeterminado por la ley de forma cerrada, ya que fija un día para el inicio de la acción y otro para su decadencia, sin que la actividad extrajudicial del titular del derecho influya en la duración del mismo. Por tal razón, se afirma que la caducidad no es susceptible de interrupción ni de suspensión, sino que se sabe, desde el inicio, cuando empieza y cuando acaba, lo que permite – a diferencia de la prescripción – que sea apreciada de oficio por el juzgador.

Pues bien, se trata de analizar la naturaleza del plazo para el ejercicio de los derechos del consumidor, tal como la ley de transposición lo define y en armonía con lo dispuesto en el resto del ordenamiento español.

El artículo 9-3.º LGVBC dispone que “*La acción para reclamar el cumplimiento de lo previsto en los artículos 1 a 8 de esta Ley prescribirá a los tres años desde la entrega del bien*”. En atención a cuanto se ha razonado hasta aquí, parece claro que se ha establecido el cómputo desde un día determinado y fijo: el de la entrega. Ahora bien, si el plazo fuera de prescripción, no se computaría desde la entrega, sino desde el descubrimiento por el consumidor de la falta de conformidad y ello porque la acción comienza a prescribir, sólo, a partir del momento en el que su titular tiene la obligación de ejercitarla so pena de entender que su inactividad comporta el abandono del derecho.

En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.969 CC el tiempo para la prescripción empieza a contarse a partir del día en que pudieron ejercitarse las acciones y ello porque la prescripción es una

sanción al acreedor que no ejercita su derecho, y no cabe sancionar a quien está impedido de actuar. En nuestro caso, es evidente que en el momento de la entrega no puede el consumidor ejercitar su derecho, por cuanto si lo detectó entonces debió rehusar la entrega so pena de conformidad con la misma. Siendo así, tomar la entrega como término *a quo* tiene por objeto, no sólo establecer un día objetivamente cierto para iniciar el cómputo, sino también limitar el ejercicio de la acción del consumidor al período comprendido entre el día de la entrega y el día que, tres años después, se fija como término *ad quem*. De este modo, el plazo para el ejercicio del derecho transcurre fatalmente para el comprador, tanto si no conoce la disconformidad como si se ha visto impedido de ejercitar aquél, y ello porque no es una sanción a la inactividad del acreedor, sino la imposición legal de un límite de duración a una acción o a un derecho.

Que el citado plazo corre de forma inexorable lo prueba el hecho de que las reclamaciones efectuadas por el consumidor y contempladas en la Ley no lo interrumpan. Así, cuando el apartado 4 del referido artículo 9 impone al consumidor el deber de denunciar el vicio en un plazo de dos meses desde su aparición, no contempla la posibilidad de que tal notificación interrumpa el plazo para el ejercicio de la acción que comenzó a correr en el momento de la entrega, siendo así que conforme a lo dispuesto en el art. 1.973 CC el plazo de prescripción se interrumpe por cualquier acto de reclamación extrajudicial del acreedor. A mi juicio, sólo configurando el plazo como de caducidad puede impedirse que se produzca el efecto interruptivo del mismo. Pues bien, al colocar el término *a quo* en la entrega la ley excluye el posible efecto interruptivo de la denuncia, dado que siendo ésta obligatoria, siquiera se presuma, de otro modo el cómputo del plazo de tres años se llevaría a cabo siempre desde que el consumidor denunciara el defecto al vendedor. Sin embargo, no es así. La ley prevé un plazo de tres años desde la entrega, plazo que se mantiene fijo porque ni la notificación que el consumidor hace al vendedor de la existencia de una falta de conformidad es susceptible de interrumpirlo, a pesar de que la denuncia se ajusta perfectamente a una reclamación extrajudicial y, por ello, sería absurdo que la misma ley que impone al consumidor el deber de denunciar calificase de prescripción en sentido estricto el

plazo de ejercicio de un derecho que sólo nace si se ha denunciado tempestivamente. De este modo, tanto si consideramos que el derecho no nace hasta que se denuncia la falta de conformidad, como si partimos de que se extingue si no se denuncia dentro de plazo, hay que concluir que su naturaleza no puede ser, en ningún caso de prescripción, porque la denuncia es, por sí, un acto interruptivo que haría renacer el derecho por otros tres años desde el momento en que se practicara, con lo que la remisión a la entrega como *dies a quo* resulta ociosa. Cabe resaltar, al respecto, que allí donde la denuncia es obligatoria no sólo tras la directiva sino que lo ha sido tradicionalmente, como es el caso de Portugal, no se duda de que el plazo que analizamos es de caducidad.

De modo parecido, cabe argüir que la contemplación de la suspensión del plazo, no sólo no contradice el argumento anterior sino que refuerza esta idea. En efecto, cuando el vendedor opta por la reparación del objeto está reconociendo el derecho del comprador, además de la falta de conformidad, lo mismo que cuando accede a la sustitución. Pues bien, si la prescripción se interrumpe por cualquier acto de reconocimiento de la deuda llevado a cabo por el deudor<sup>46</sup> (artículo 1.973 CC) en los 2 casos citados, la ley prevé la suspensión del plazo para el ejercicio del derecho durante todo el tiempo que el consumidor esté privado de su uso, pero reparado el objeto, el plazo continúa transcurriendo imperturbablemente hasta la total decadencia del derecho, sin que el reconocimiento efectuado por el vendedor al realizar a su costa la reparación suponga interrupción del mismo, lo que contraviene lo dispuesto en el art. 1.973 CC para la prescripción y nos indica la verdadera naturaleza del plazo. Del mismo modo, sólo si el plazo es de caducidad, tiene sentido que, sustituido el objeto, se otorgue al consumidor un exiguo plazo de sólo 6 meses más para detectar cualquier falta de conformidad, transcurrido el cual su derecho decaerá irremisiblemente, sin que se inicie un nuevo cómputo de plazos desde la nueva entrega.

---

<sup>46</sup> Ver el reciente estudio de MORENO-TORRES HERRERA, M<sup>a</sup> Luisa, *La interrupción de la prescripción por el reconocimiento del derecho*, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, T. I, Thomson-Cívitas, Madrid, 2003, pag. 661 a 688.

A mayor abundamiento, el eventual acuerdo a que pueden llegar consumidor y vendedor en torno a una rebaja del precio por reconocer este último la existencia de defectos en el objeto vendido no genera la suspensión del mismo, habida cuenta de que no se contempla esta posibilidad en la norma que dispone la suspensión, sólo, para los casos de reparación y sustitución. Por ello, resulta evidente que, si no es posible suspenderlo, con mayor razón hay que negar la posibilidad de su interrupción con la consiguiente reactivación que ello comporta.

Es cierto que la doctrina viene manteniendo que el de caducidad es un plazo preclusivo, que no se interrumpe ni se suspende. Así, cabría oponer al razonamiento anterior que, dado que la ley regula la suspensión del mismo, queda claro que su naturaleza es la prescripción. Sin embargo, nótese que conforme a lo dispuesto en el artículo 6 c) *la reparación suspende el cómputo de los plazos a que se refiere el artículo 9 de esta ley* y el apartado d) establece que *la sustitución suspende los plazos a que se refiere el artículo 9*, de modo que se suspende con carácter general cualquier plazo<sup>47</sup> y está claro que ni el de garantía ni el de denuncia, ni el mismo de suspensión, son plazos de prescripción. De otro lado, el hecho de que nuestra doctrina haya entendido la suspensión como una de las notas distintivas entre caducidad y prescripción, no significa que sea incompatible con la caducidad, como tampoco implica que no admita excepciones<sup>48</sup>. En efecto, en Portugal, donde no cabe duda de que el plazo de ejercicio de los derechos del consumidor es de caducidad y no de prescripción, la doctrina admite la suspensión sin extrañarse ni plantearse el problema, y ello porque el Código civil portugués expresamente dice en su art. 328 que “el plazo de caducidad no se suspende ni se interrumpe sino en los casos en que la ley lo determina”<sup>49</sup>. Es de resaltar, que a diferencia del Código civil

---

<sup>47</sup> Ver *supra* cuanto se refiere al plazo de garantía y la dudosa aplicación al mismo de la suspensión.

<sup>48</sup> Díez-PICAZO, Luis, *La prescripción...*, cit., pag. 70; RUBIO TORRANO, Enrique, *La caducidad...*, cit. pp. 64 a 70.

<sup>49</sup> Preceptúa el art. 328 CC portugués que “*O prazo de caducidade não se suspende nem se interrompe senao nos casos em que a lei o determine.*”

español, el portugués sí distingue entre prescripción y caducidad<sup>50</sup>. Pues bien, a juicio de ANIBAL DE CASTRO, fundada la caducidad en consideraciones de interés público en general, lo que determina la rigidez del plazo, no se ajusta al instituto de la suspensión, que es propio de la prescripción, en la medida en que la suspensión no es sino una justificación a la inercia del titular. Como la inercia se sanciona con la prescripción, si la inactividad del titular es justificable, el derecho no se extinguirá en tanto perdure la justificación. Sin embargo, tanto la suspensión como la interrupción se admiten, restringidas a los casos expresamente contemplados en la ley<sup>51</sup>. También en Italia se admite la suspensión del plazo de caducidad, excepcionalmente, si así se dispone por la ley<sup>52</sup>.

Afirma con carácter general la STS de 22 de mayo de 1965, que “el ejercicio de esas actividades precisas para la iniciación del proceso judicial lógicamente debe producir la interrupción del plazo de caducidad de la acción, siempre que se lleve a cabo dentro de él”. Pues bien, si nuestra jurisprudencia, con buen criterio, no ha dudado en establecer excepciones a la regla de la imposibilidad de interrumpir el plazo de caducidad cuando el ordenamiento exige que, a la presentación de la demanda inicial del proceso, hayan de antecederle ciertas actividades administrativas para apurar la vía gubernativa, como lo son instar la reposición previa del acto que se va a impugnar o intentar la conciliación, no cabe duda de que cabe también exceptuar la suspensión, por ser su efecto inferior al de la interrupción, de la regla general.

En nuestro sistema, y como hecho excepcional, se ha admitido la suspensión de la caducidad por el TS en numerosas sentencias<sup>53</sup>,

---

<sup>50</sup> Se regula la prescripción y sus causas de suspensión en los arts. 318 a 322 del Código civil

<sup>51</sup> ANIBAL DE CASTRO, A caducidade na doutrina, na ley e na jurisprudencia, 2.<sup>a</sup> ed., Petronay, 1980, pp. 131 a 145.

<sup>52</sup> El art. 2965 del CC italiano dispone que *Quando un diritto deve esercitarse entro un dato termine sotto pena de decanza, son si applicano le norme relative all' interruzione della prescrizione. Delpari non si applicano le norme che su riferiscono alla sospensione, salvo che sia disposto altrimenti*”

<sup>53</sup> STS 5 de julio de 1957, 12 de diciembre de 1962, 8 de noviembre de 1983, entre otras.

habiendo llegado a afirmar que no puede mantenerse de una manera absoluta “que los plazos de caducidad no admitan excepcionalmente causas de interrupción (23 de diciembre de 1983), por lo que resulta evidente que si puede suspenderse, siquiera sea excepcionalmente, sin preverlo la ley, con mayor motivo cabe esta posibilidad cuando así lo prevé ésta. Por ello, cabe afirmar con RUBIO TORRANO<sup>54</sup> que el carácter fatal que acompaña indefectiblemente al cumplimiento del plazo de caducidad y que imposibilita no sólo su interrupción sino también su suspensión, debe ser aceptado con matices o excepciones, pudiendo suspenderse cuando así lo establezca la ley.

Una muestra más de que el plazo de ejercicio de los derechos del consumidor es de caducidad se advierte en lo dispuesto por el artículo 6 d) LGVBC al establecer la suspensión del citado plazo desde el ejercicio de la opción hasta la entrega del bien sustituto, en contra de la interrupción del plazo que se disponía en el Proyecto de Ley (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 117-13, 8 de abril de 2003, pag. 38). En efecto, entre la interrupción y la suspensión el legislador establece esta segunda por que se compadece mejor con el instituto de la caducidad, y ello a pesar de que, como denuncia VERGEZ, el nuevo bien puede tener defectos para cuya detección a través del instituto de la suspensión no se le está dando el plazo suficiente<sup>55</sup>. Así, el hecho de que la nueva entrega no genere un nuevo plazo de 2 años, sino sólo la adición del tiempo de suspensión, es un nuevo argumento a favor de la caducidad.

## 2. - *¿Cumple el DLVGBC las prescripciones de la Directiva 1999/44?*

El artículo 5.º DLVGBC establece un plazo de 2 años desde la entrega que es tanto de garantía como de caducidad de los derechos del

---

<sup>54</sup> RUBIO TORRANO, Enrique, “La caducidad en el Derecho civil español”, en “Cuadernos de Derecho judicial”, Consejo General del Poder Judicial, 1995, N.º 14, civil, pag. 70.

<sup>55</sup> VERGEZ, Mercedes, La protección del consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, Thomson-Aranzadi, 2004, pag. 96.



consumidor, de modo que, dentro de él, debe producirse tanto la manifestación de la falta de conformidad cuanto la reclamación del consumidor. Sin embargo, el apartado 4 del referido precepto reduce *de facto* la duración del derecho del consumidor al establecer que *os directos conferidos ao consumidor nos termos do n.1 do artigo 4.º caducam findo qualquer dos prazos referidos nos numeros anteriores sem que o consumidor tenha feito a denúncia, ou decorridos sobre esta seis meses*. Pues bien, al otorgarse un plazo de sólo 6 meses tras la denuncia, puede parecer que se vulnera la exigencia contenida en el art. 5 de la Directiva de que los Estados confieran un mínimo de 2 años desde la entrega al consumidor, dado que, obviamente, si el defecto aparece, por ejemplo, a los 10 días de la entrega y debe denunciarse en el plazo de dos meses, el consumidor no habría gozado ni siquiera de 9 meses para ejercitar sus derechos. PINTO MONTEIRO<sup>56</sup> resalta la divergencia existente entre la Directiva y el artículo 5.º DLVGB por este hecho. Sin embargo, a mi juicio, no puede concluirse que la ley portuguesa infrinja la Directiva, por lo siguiente:

- a) Conforme al artículo 5.1.II “si, con arreglo a la legislación nacional, los derechos previstos en el apartado 2 del artículo 3 están sujetos a un plazo de prescripción, éste no podrá ser inferior a dos años desde la entrega del bien”. En consecuencia, la norma portuguesa cumple, literalmente, lo prescrito al establecer un plazo de 2 años desde la entrega.
- b) Conforme al artículo 5.2.I “los Estados miembros podrán disponer que el consumidor, para poder hacer valer sus derechos, deberá informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde la fecha en que se percató de dicha falta de conformidad”. También la norma portuguesa es respetuosa con este término, dado que modifica el de 30 días contemplado por su Código civil y lo amplía a los 2 meses impuestos por la Directiva.
- c) El hecho de que, como consecuencia del deber de denunciar, el plazo de caducidad del derecho se modifique, no significa

<sup>56</sup> La transposition..., cit. pag. 256.

que se incumpla la Directiva, sino que se produce uno de los efectos temidos por ésta puesto que si se autoriza a imponer al consumidor la carga de denunciar, es evidente que alguna consecuencia jurídica debe tener el incumplimiento de este requisito<sup>57</sup>. Tal efecto o sanción sólo puede ser el de limitar la responsabilidad del vendedor o, si se prefiere, limitar el derecho del consumidor, siempre que no se altere el mínimo de duración del plazo general de prescripción o caducidad de los derechos del consumidor.

- d) El derecho del consumidor a reclamar por el vicio “concreto” revelado caduca inmediatamente de transcurrir el plazo de denuncia sin efectuarla, o a los seis meses de la denuncia tempestiva, pero sólo caduca su derecho a reclamar la referida falta de conformidad, porque seguirá teniendo el consumidor, durante lo que reste hasta cumplirse los dos años preceptivos, el derecho a denunciar y reclamar por cualquier otra falta de conformidad que pueda aparecer durante el período de garantía.
- e) Todos los Estados que han optado por incluir el deber de denuncia se encuentran en una situación parecida. Así, en España no se impone un plazo de caducidad distinto del general tras la denuncia, pero si el consumidor no denuncia y el vendedor lo prueba aquél no gozará tampoco del plazo de 2 años desde la entrega que impone la garantía para el ejercicio de sus derechos, ya que éstos no llegarán a nacer.
- f) Sea como fuere, la consecuencia de que, como efecto de la denuncia, la duración del derecho del consumidor resulte afectada es la contemplada en la propia Directiva, que en el artículo 5.2.III reserva a la Comisión, el control del efecto que sobre los consumidores y el mercado interior tenga la imposición del deber de denuncia<sup>58</sup>

<sup>57</sup> Véanse los Considerados 17 y 19 de la Directiva.

<sup>58</sup> Artículo 5.2.: Los Estados miembros podrán disponer que el consumidor, para hacer valer sus derechos, deberá informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde la fecha en que se percató de dicha falta de conformidad. Los Estados miembros informarán a la Comisión acerca de la forma en que apliquen

## VI. – Suspensión de los plazos

El artículo 6 LGVBC dispone, en su apartado c) que “La reparación suspende el cómputo de los plazos a que se refiere el artículo 9 de esta Ley. El período de suspensión comenzará desde que el consumidor ponga el bien a disposición del vendedor y concluirá con la entrega al consumidor del bien ya reparado. Durante los seis meses posteriores a la entrega del bien reparado, el vendedor responderá de las faltas de conformidad que motivaron la reparación, presumiéndose que se trata de la misma falta de conformidad cuando se reproduzcan en el bien defectos del mismo origen que los inicialmente manifestados. Así mismo, el apartado d) del citado precepto establece que “La sustitución suspenderá los plazos a que se refiere el artículo 9 desde el ejercicio de la opción hasta la entrega del nuevo bien. Al bien sustituto le será de aplicación del segundo párrafo del artículo 9.1.

Por su parte, el artículo 5.º 5 DLVGBC manda que “O decurso dos prazos suspende-se durante o período de tempo em que o consumidor se echar privado do uso dos bens em virtude das operações de reparação da coisa”.

Conforme a lo expuesto, la norma española prevé la detención del decurso de los plazos durante todo el tiempo que el consumidor se encuentre privado del uso de la cosa por haberla entregado al vendedor ya sea para su reparación ya sea para su sustitución. De otro modo, la norma portuguesa parece, en este tema, menos generosa al imponer la suspensión únicamente para el caso de la reparación.

La suspensión, a diferencia de la interrupción, no implica el renacimiento del plazo de modo que vuelva a contarse íntegro por todo el tiempo previsto para el mismo, sino que simplemente da lugar a su

---

lo dispuesto en el presente apartado. La Comisión controlará el efecto que sobre los consumidores y sobre el mercado interior tenga la existencia de esta opción otorgada a los Estados miembros. A más tardar el 7 de enero de 2003, la Comisión elaborará un informe sobre la aplicación del presente apartado por los Estados miembros. Dicho informe se publicará en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.\*

\* A la fecha de publicación de este estudio, aun no se ha tenido lugar la publicación del referido informe.

paralización, de modo que, recobrada por el consumidor la posesión del objeto reparado, continuará contándose desde el día en que la detención tuvo lugar (la entrega al vendedor para la reparación o, en España, para la sustitución) con el consiguiente alargamiento del *dies ad quem*.

La primera cuestión que cabe plantearse es si tal suspensión afecta a todos los plazos previstos en las normas de transposición española y portuguesa, o si alguno de los plazos en ellas contempladas son incompatibles con la misma. En este sentido, tanto la norma española de transposición, como la portuguesa, se refieren en general a “todos los plazos contemplados” por el artículo 9 LGVBC y por el artículo 5 DLVBC, siendo así que el primer plazo dispuesto en los referidos preceptos es el de garantía. Conviene resaltar al respecto que, siendo el de garantía un plazo preclusivo, parece ser inmune a la suspensión. Desde esta perspectiva BADOSA<sup>59</sup>, basándose en el Considerando 17 de la Directiva<sup>60</sup>, entiende que el plazo de garantía no puede ser alargado por suspensión o interrupción, en cuanto que los dos años se consideran un límite a la responsabilidad o tiempo de vinculación del vendedor, siendo ésta la razón de que lo califique de “plazo cronológico”. Así – dice – que el citado plazo es cronológico y no jurídico por cuanto implica únicamente el tiempo natural y no su valoración, siendo incompatible con ficciones jurídicas como la suspensión o interrupción. Ahora bien, tal afirmación es, a mi juicio, discutible. En efecto, el citado Considerando 17 comienza afirmando que “*conviene limitar el plazo durante el cual el vendedor será responsable de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega de los bienes*”,

<sup>59</sup> Ob. Cit. pag. 142

<sup>60</sup> (17): Considerando que conviene limitar el plazo durante el cual el vendedor será responsable de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega de los bienes; que los Estados miembros pueden también establecer la limitación del plazo durante el cual los consumidores pueden ejercer sus derechos, siempre que dicha plazo no expire antes de transcurridos dos años a contar del día de la entrega; que cuando, con arreglo a la legislación nacional, el momento en que comienza el plazo de prescripción no sea el mismo que el de la entrega del bien, la duración total del plazo de prescripción que establezca la legislación nacional no puede ser inferior a dos años contados a partir del día de la entrega.

lo que aparentemente otorga la razón al citado autor. Sin embargo, el Considerando 18 afirma que *“los Estados miembros pueden disponer libremente la suspensión o la interrupción del período durante el cual cualquier falta de conformidad deba ponerse de manifiesto y del plazo de prescripción”*. La claridad del texto no deja lugar a dudas, e impide restringir la referida suspensión al plazo de prescripción, dado que se impone la interpretación auténtica de los artículos 6 LGVBC y 5 DLVBC, conforme a la cual pueden ser objeto de suspensión tanto el plazo de garantía cuanto el de prescripción. Con todo, BADOSA rechaza el argumento del artículo 6 LGVBC (al que nosotros sumamos el del artículo 5 DLVBC) y su aplicación al plazo de garantía porque – dice – se refiere a una falta de conformidad ya manifestada y por la que el comprador ya ha reclamado, lo cual, siendo cierto, no impide la existencia de otras faltas de conformidad no manifestadas y de las que, de otro modo, el vendedor podría exonerarse mediante retrasar la entrega del objeto reparado, pudiendo incluso tener aquél conocimiento de su existencia sin que tal hecho fuera relevante jurídicamente<sup>61</sup>. El que la suspensión del plazo de garantía tenga como efecto el alargamiento del plazo de responsabilidad del vendedor no es óbice, a mi juicio, para descartar aquélla, y ello porque la propia Ley dispone, en el artículo 6 c) que se prolongue durante los seis meses posteriores a la entrega del bien reparado la responsabilidad del vendedor por la falta cuando se reproduzca en el objeto un defecto con el mismo origen que los inicialmente manifestados. Pues bien, siendo así, como consecuencia de la suspensión el tiempo de descuento (el transcurrido desde que se entregó el objeto para reparar hasta que sea devuelto al comprador) habrá de ser sumado al plazo general de 2 años de responsabilidad, durante el cual podrá aparecer cualquier defecto nuevo dando así origen a la responsabilidad del vendedor.

En concreto, no parece haber duda en Portugal de la posibilidad de suspender el plazo de garantía al contemplarse específicamente esta posibilidad en el artículo 4.º 4 de la Ley de Defensa del Consumidor<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> BADOSA COLL., Ferrán, ob. Cit. pag. 137.

<sup>62</sup> **Artigo 4.º Direito à qualidade dos bens e serviços.** 1 – Os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e

También MOTA PINTO entiende que la suspensión dispuesta en la Directiva 1999/44 afecta al plazo de garantía al decir que *“matémse –, com as adapatações resultantes da consagração de prazos de garantia e de exercício de directos pelo consumidor, o disposto actualmente no artigo 4.º, n.º 4. Assim, prevê-se que o decurso de tais prazos se suspende durante o período de tempo correspondente às operações de reparação da coisa”*<sup>63</sup>. En la doctrina española, estima aplicable la suspensión al plazo de garantía VERGEZ<sup>64</sup> al decir que “no puede dudarse por supuesto que el cómputo de este plazo (plazo de manifestación de las faltas de conformidad) está sometido a los efectos que para los casos de reparación y de sustitución del bien establecen las reglas contenidas en el artículo 6 de la Ley” en referencia a la LGVBC.

Además, durante los primeros 6 meses posteriores a la entrega, el vendedor responderá de cualquier falta de conformidad que tenga el mismo origen que la reparada, pero si el tiempo añadido por efecto de la suspensión es inferior a los citados 6 meses cesará la responsabilidad del vendedor por cualquier defecto nuevo que se manifieste dentro del plazo de 6 meses tras la reparación, pero fuera del plazo prolongado por la suspensión. Entiendo que se trata de una verdadera interrupción del plazo de garantía, dado que se inicia un nuevo período, si bien de duración más limitada que el inicial puesto que decae a los 6 meses, para que se reproduzca la falta de conformidad denunciada y, sólo en apariencia, reparada. Durante este período se presumirá también que se

---

produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor. 2 – Sem prejuízo do estabelecimento de prazos mais favoráveis por convenção das partes ou pelos usos, o fornecedor de bens móveis não consumíveis está obrigado a garantir o seu bom estado e o seu bom funcionamento por período nunca inferior a um ano. 3 – O consumidor tem direito a uma garantia mínima de cinco anos para os imóveis. 4 – O decurso do prazo de garantia suspende-se durante o período de tempo em que o consumidor se achar privado do uso dos bens em virtude das operações de reparação resultantes de defeitos originários.

<sup>63</sup> PAULO MOTA PINTO, Cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda, Instituto do Consumidor, Lisboa, 2002, pag. 56.

<sup>64</sup> VERGEZ, Mercedes, El contenido de la protección del consumidor..., cit. pag. 108.

trata de la misma falta manifestada con anterioridad cuando tenga el mismo origen.

En el caso español, y por cuanto se refiere a la sustitución, cabe remarcar que al sustituirse el bien defectuoso por otro no se abre un nuevo plazo de garantía ni se reinicia el plazo de 2 años desde la entrega del nuevo objeto, de modo que no hay interrupción del plazo, pero sí hay suspensión, ya que tras la entrega del objeto sustituto, aunque se haya agotado el plazo inicial de garantía, habrá que sumar al tiempo que reste para transcurrir los 2 años de garantía el tiempo de suspensión, período durante el cual podrá aparecer cualquier falta de conformidad de la que deba responder el vendedor demandado de reparación, resolución o rebaja del precio. Entiende VERGEZ que el plazo de responsabilidad de 6 meses que se inicia tras la reparación es aplicable también a la sustitución<sup>65</sup>. A mi juicio no es así, y ello porque el artículo 6 LGVBC ciñe el referido plazo al caso de reparación en el apartado c) del citado precepto limitándolo únicamente a la reparación al decir que “durante los seis primeros meses posteriores a la entrega del bien reparado, el vendedor responderá de las faltas de conformidad que motivaron la reparación” de modo que no tiene aplicación a los casos de sustitución. Sí tiene lugar, en cambio, la inversión de la carga de la prueba del apartado 2.º del artículo 9, de modo que se presumirá, a favor del consumidor, que la falta de conformidad era anterior a la entrega por expresa disposición del apartado d).

Critica, probablemente con razón, VERGEZ<sup>66</sup> que el tratamiento de la suspensión de los plazos de garantía y de ejercicio de las acciones, se haya dado por la ley tanto a la reparación como a la sustitución, sin distinguir entre ambos supuesto. Este efecto – dice la autora – es correcto para la reparación, dado que se trata del mismo bien del inicio y, por tanto, es lógico reanudar el cómputo cuando el objeto se devuelva al consumidor. Sin embargo, en caso de sustitución, hay una nueva

---

<sup>65</sup> *Ibidem*, “Tanto en el caso de sustitución como en el reparación del bien la ley prevé que en los seis meses posteriores a la entrega del bien sustituto o del bien reparado, el vendedor mantiene una responsabilidad propia”, pag. 97

<sup>66</sup> *Ibidem*.

entrega de un bien distinto y, por ello, sería más congruente que los plazos se interrumpieran en lugar de suspenderse. A mi juicio, este trato es consecuencia del carácter preclusivo de estos plazos, que no se aviene bien con la interrupción y ratifica cuanto decíamos en el apartado dedicado a la caducidad de la acción para el ejercicio de los derechos del consumidor. Esta interpretación, por otra parte, se compadece con el carácter mínimo del plazo de garantía que puede ser ampliado por convenio entre las partes pero no reducido.

Por cuanto se refiere a los restantes plazos, no cabe duda alguna de la posible suspensión del plazo de caducidad para el ejercicio de las acciones del consumidor, ya que el fundamento de la referida suspensión es garantizar a éste que si no se repara correctamente el objeto, podrá todavía actuar sus derechos y solicitar los remedios que le reconoce la norma, incluida la resolución del contrato que se le niega de inicio. No siendo así, le bastaría al vendedor con alargar la reparación y dejar pasar el plazo dispuesto para el ejercicio de las acciones del consumidor, haciendo así inútiles todas las garantías previstas.

Por cuanto respecta a Portugal, en relación con la suspensión del plazo de ejercicio de los derechos del consumidor, es de resaltar que la ley se refiere, únicamente, a la suspensión durante el tiempo que el consumidor se vea privado del uso del objeto como consecuencia de la reparación. Esto implica que, realizada la denuncia, durante el tiempo de reparación del bien se suspende, no sólo el plazo genérico de 2 o 5 años que a la vez de garantía y de ejercicio de los derechos, sino también el plazo de 6 meses que, tras la denuncia, confiere la ley al consumidor para ejercitar la acción. Sin embargo, no se suspenderá el plazo de 2 o 5 años cuando se lleve a cabo la sustitución, pero siempre que aparezca un defecto dentro de este período y el consumidor lo denuncie se abrirá un nuevo plazo de 6 meses para ejercitar la acción.

También se suspende, durante el tiempo que dure la reparación, el plazo de 5 años para reclamar al productor que el artículo 8.º 2 DLVGBC confiere al vendedor final que ha respondido ante el consumidor, por disponerlo así el apartado 4 del mencionado precepto. No imponiendo este límite temporal la ley española, tampoco contiene ésta una norma similar.



Distinto de los anteriores es el caso del plazo de denuncia, puesto que aun cuando ambas normas de transposición incluyen entre los plazos genéricamente sometidos a suspensión último, no parece que tal suspensión sea posible al ser la suspensión consecuencia de la reparación o sustitución e implicar éstas la denuncia dentro de plazo.

## VII. – Acción directa del consumidor

El artículo 6.º 1 DLVGBC dispone que “sem prejuízo dos direitos que lhe assistem perante o vendedor, pode o consumidor que tenha adquirido a coisa defectuosa optar por exigir do produtor, à escolha deste, a sua reparação ou substituição”. En consecuencia, en Portugal el consumidor puede dirigir su reclamación directamente contra el productor en lugar de hacerlo contra el vendedor, a su elección, con la única limitación de que sólo podrá exigir de aquél la reparación o sustitución, pero no la resolución ni la rebaja del precio. La responsabilidad del productor frente al consumidor caduca<sup>67</sup> a los 10 años de haber sido puesto el objeto en circulación, sin perjuicio de que su responsabilidad cese en los mismos plazos y condiciones que la del vendedor. En efecto, aunque nada dice la ley sobre el plazo de ejercicio del derecho, es evidente que el nuevo plazo de 10 años apuesto a la acción contra el productor no significa que, decaída la responsabilidad del vendedor a los 2 o 5 años, según se trate de bienes muebles o inmuebles, todavía pueda reclamarse al productor. Por el contrario, la reclamación al fabricante debe ajustarse a los plazos dispuestos para la reclamación al vendedor, de modo que la falta de conformidad deberá manifestarse dentro del plazo de garantía y la acción deberá actuarse antes de cumplirse el término de caducidad dispuesto para el ejercicio de los derechos del consumidor<sup>68</sup>. No obstante, si a pesar de haber reclamado judicialmente dentro de los expresados plazos, hubieran transcurrido más de 10 años desde que el fabricante pusiera en

<sup>67</sup> JOAO CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de consumo*, Almedina, 2003, p. 113.

<sup>68</sup> JOAO CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, cit. pp. 112 y 113.

circulación el objeto, éste dispondrá de una excepción y quedará exonerado de responsabilidad al cumplirse este nuevo término. Se trata de un plazo preclusivo que protege al vendedor y que impone al consumidor la exigencia de presentar la demanda contra el productor antes de transcurrir los 10 años citados desde la puesta en circulación del objeto. Presentada la demanda antes de cumplirse el término *ad quem* ya no se produce la caducidad, cualquiera que fuera la pretensión del consumidor, incluida por tanto la de sustitución instada tras transcurrir el referido plazo decenal, si la pretensión inicial de reparación se ejerció tempestivamente.

De modo similar, el artículo 10 de la LGVBC permite al consumidor reclamar directamente al productor la reparación o sustitución del objeto que no sea conforme. Se considera productor al fabricante de un bien de consumo, pero también al importador del mismo en el territorio de la Europa comunitaria y a cualquier persona que se presente como aquéllos, por haber etiquetado o marcado el objeto con su nombre u otro signo distintivo, así como al intermediario que coloca el producto terminado en el mercado. Esta legitimación pasiva ensambla perfectamente con la dispuesta por el artículo 6.º 3 y 4 DLVGBC. Menos generoso es, sin embargo, el legislador español que el portugués, al limitar la acción directa al caso de que al consumidor le resulte imposible, o le suponga una carga excesiva, actuar frente al vendedor por la falta de conformidad. En cambio, no impone la ley española nueva fecha de caducidad para el ejercicio de la acción, pudiéndose actuar cualquiera que fuere el tiempo transcurrido desde la puesta en circulación del objeto. El único límite temporal para el ejercicio de esta acción por el consumidor es el cumplimiento de los plazos dispuestos en el artículo 9, de modo que el defecto deberá manifestarse dentro del plazo de garantía de 2 años desde la entrega, la acción para el ejercicio de los derechos del consumidor debe estar viva y debe haberse realizado, tempestivamente, la correspondiente denuncia.

El fabricante o intermediario no pueden exonerarse de esta responsabilidad por pacto, ni con el consumidor, ni mucho menos con los demás responsables de las faltas de conformidad. Cualquier convenio

de este tipo sería nulo frente al consumidor, sin perjuicio de que pudiera tener efectos internos entre los responsables. De otro lado, cabe preguntarse si el consumidor debe efectuar la denuncia directamente al productor, o si vale la realizada al vendedor. En el caso español, dado que la denuncia se presume realizada dentro de plazo, no parece excesivamente problemático el tema, salvo por la posibilidad de que se hubieran denunciado los defectos ante el vendedor con anterioridad a los 2 meses otorgados por la ley al efecto y ello permitiera al productor oponer una excepción. Ahora bien, dado que la responsabilidad del productor y la del representante o intermediario (art. 6.º DLVGBC) son solidarias, la denuncia realizada a cualquiera de ellos debe tener idéntico valor interruptivo respecto a todos. De otro lado, no parece sensato aumentar el *onus* que supone la denuncia imponiendo al consumidor que la realice en un plazo de dos meses tras aparecer el defecto y por duplicado, tanto al vendedor como al fabricante, so pena de perder el derecho a ejercitar la acción directa, por cuanto, con frecuencia, el consumidor denunciará ante el vendedor y será la pasividad de éste o la dificultad de localizarlo lo que le haga actuar directamente contra el fabricante. Por ello, y dada la hostilidad manifestada por el propio legislador comunitario al requisito de la denuncia, entiendo que no cabe su extensión a supuestos no contemplados expresamente por la norma al ser de interpretación restrictiva.

#### VIII. – Acción de repetición.

El vendedor final y el consumidor son, en el contrato de compraventa de bienes de consumo, sólo la punta del iceberg de una larga cadena de relaciones contractuales de compraventa que van ligando a las distintas partes de los subsiguientes contratos, desde el fabricante o productor al importador o mayorista, hasta llegar al vendedor final y al consumidor. La acción de repetición concierne al cúmulo de conflictos que, en las relaciones entre todas estas personas, pueden tener lugar.

En páginas anteriores hemos visto como el consumidor puede reclamar siempre por la falta de conformidad al vendedor final y, también, que en la nueva normativa sobre compraventa de bienes de

consumo la responsabilidad del vendedor ante el consumidor no está basada en la culpa, sino que tiene un presupuesto completamente objetivo. Ahora bien, que ello sea así no significa que no deban depurarse responsabilidades en el orden interno, de modo que cuando uno de los responsables frente al consumidor pone en conformidad el objeto a su costa por una falta imputable a otro, puede reclamar el reembolso de lo que por él hubiera pagado y de todos los perjuicios que tal pago le hubiese ocasionado (artículo 6.º 1. DLVGBC). Es de resaltar, por tanto, como primera diferencia entre la responsabilidad del fabricante ante el vendedor final y la de este último ante el consumidor, que la de aquél sí es subjetiva, pues se basa exclusivamente en la culpa.

Aun cuando la LGVBC dispone en el último párrafo de su artículo 10 que “quien haya respondido frente al consumidor dispondrá del plazo de un año para repetir del responsable de la falta de conformidad”, con lo que se generaliza la acción a todo el que haya respondido sin culpa, en la práctica será siempre el vendedor quien actúe contra el fabricante y no a la inversa, dado que el fabricante goza de una excepción cuando la falta de conformidad es consecuencia de declaraciones del vendedor sobre la cosa o su utilización (art. 6.º 2 a) DLVGBC), o se ha producido el defecto después de haberse puesto el objeto en circulación (art. 6.º 2. c)). También es posible que sea el importador quien la ejercite por un defecto de origen imputable, exclusivamente, al fabricante o viceversa. El requisito impuesto por el artículo 10 LGVBC de que la falta de conformidad se refiera al origen, identidad o idoneidad de los bienes de consumo, o a su naturaleza y finalidad, cumple idéntica función que el citado precepto portugués, que es excluir la responsabilidad del fabricante por faltas de conformidad causadas después de la puesta en circulación de los bienes, sie<sup>69</sup>mpre que no se

<sup>69</sup> Algún autor (TELES DE MENEZES LEITÃO, Luis Manuel, *Directo das obrigações*, vol. III, Almedina, 2002, pag. 179) entiende que la justificación del derecho de regreso se encuentra en la existencia de una relación cuasicontractual entre el productor y el consumidor final, a través de la cual se establece el regreso.

Ver también Stijns, Sophie, *Les garanties commerciales et l'action récursoire du vendeur final dans la directive sur la vente au consommateur*, en «Garantías en la venta de bienes de consumo», Ponencias de la Conferencia Internacional, Santiago de Compostela, enero 2004, pp. 115 a 123

deba a la actuación del intermediario o representante. Nada se dice respecto de la posibilidad de que sean varios los defectos y que su origen sea imputable a varios de los responsables, aunque, en tal caso es evidente que sólo podrá reclamar el que pagó todo por la parte proporcional al daño que no causó.

Cabe resaltar la posibilidad de que, habiendo habido varios vendedores en la cadena comercial, el último reclame a cualquiera de los anteriores responsables por las faltas de conformidad que hayan originado. Ahora bien ¿es posible deducir de la dicción legal que se está concediendo al vendedor una acción directa contra el fabricante, aunque no haya contratado con éste? ¿Es la responsabilidad del fabricante frente al vendedor final de carácter contractual? Si entendemos, como creo, que la responsabilidad del fabricante es contractual, no podrá reclamar el vendedor a los intermediarios que no hayan contratado con él, aunque hayan sido los causantes de la falta de conformidad, ni al fabricante, fuera del ámbito de la representación. Nótese que el artículo 11 *in fine* LGVBC habilita a quien responde para “repetir del responsable”, mientras que el artículo 7.º 1 DLVGBC limita el ámbito del derecho de regreso al “profissional a quem adquiriram a coisa”. El problema puede plantearse, en la práctica, cuando el vendedor final haya adquirido la mercancía de otro vendedor y carezca, por tanto, de contrato con el fabricante puesto que, en tal caso, si la falta es originaria sólo el fabricante deberá responder ante el vendedor final y la acción directa es, en nuestro ordenamiento, un remedio excepcional dispuesto, exclusivamente, en beneficio del consumidor. De acuerdo con lo expuesto, parece que, conforme a la norma portuguesa, el vendedor final no podrá reclamar al fabricante si adquirió de otro vendedor<sup>70</sup>. Por

---

<sup>70</sup> Así lo entienden MOTA PINTO, Paulo, Cumprimento defectuoso di contrato da compra e venda, Instituto do consumidor, 2002, pp. 64 y 65; CALVÃO DA SILVA, João, Venda de bens de consumo, Almedina, 2003.

En general, sobre el derecho de regreso, ver el trabajo de MOTA PINTO, Paulo, *O directo de regresso do vendedor final de bens de consumo*, en Revista da Orden dos Advogados, año 62, I, Lisboa, 2002.

Lo anterior no empece, a mi juicio, para que pueda ejercitar el vendedor la acción de enriquecimiento injusto, cuyo plazo de prescripción es de 3 años conforme a lo dispuesto en el art. 482.º CC portugués.

el contrario, la norma española no limita la legitimación al profesional del que se adquirió la cosa, sino que se ejercita la acción contra cualquier responsable de la falta de conformidad, aunque no haya contratado con el vendedor final y debe ser directa, dado que no parece encajar en la responsabilidad extracontractual.

El plazo conferido por la norma española es de 1 año desde el momento en que se completó el saneamiento, mientras que la portuguesa otorga un plazo de sólo 2 meses a contar desde la satisfacción del derecho del consumidor, siempre que se ejercite dentro de los 5 años siguientes a la entrega de la cosa por el profesional demandado.

Este segundo plazo es de carácter preclusivo y no se interrumpe ni se suspende sino por la interposición tempestiva de la demanda. Transcurrido este plazo dentro del cual debe producirse la reclamación del vendedor al productor, el segundo queda exonerado de responsabilidad. En este punto es, sin duda, más generosa con el vendedor la normativa española, por cuanto dispone un término *ad quem* más largo que, a diferencia de Portugal, no viene limitado por ningún otro. La consecuencia es que, en España, el vendedor final podrá reclamar al fabricante el reembolso de lo pagado por defectos de origen siempre, mientras que, en Portugal, el vendedor se verá impedido de repetir al productor cuando haya respondido ante el consumidor por un producto que llevara en su posesión más de 5 años. En este sentido, y dado que la responsabilidad del fabricante frente al vendedor no es objetiva sino basada en la culpa, parece que se está presumiendo *iuris et de iure* la culpa del vendedor en atención al largo período en que el objeto viene siendo poseído por éste. Ahora bien, si lo que se presumiera fuera la negligencia del vendedor en la conservación de la cosa, tal presunción debería romperse en aquellos casos en que se demuestre que el producto era defectuoso y no parece ser así, de modo que la negligencia del vendedor debe proceder de no haber denunciado al productor el defecto, a pesar del largo tiempo durante el cual lo ha tenido en su posesión. Todavía cabe preguntarse cómo se aplica la norma cuando el vendedor final no lo adquirió directamente del productor o de su representante, sino de otro vendedor ¿debe contarse desde que el vendedor final tiene el objeto en su posesión o desde que lo adquirió el vendedor intermediario? Aún más ¿*quid* cuando el vendedor final adquiriera un objeto

que llevara fabricado y en circulación 10 años o este plazo se cumpliera antes del decaimiento del período de 5 años? Parece que el plazo de 10 años limita, exclusivamente, la responsabilidad del fabricante frente al consumidor, pero no ante el vendedor que seguiría manteniendo su acción frente al fabricante durante 5 años.

Por lo demás, tanto la ley española como la portuguesa parten del mismo término *a quo*: el momento de la satisfacción del derecho del consumidor, que es el mismo a partir del cual puede reclamar el vendedor, lo que tiene sentido porque se trata de un término de prescripción (arts. 306 CC portugués y 1969 CC español).

# A RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROFISSIONAIS QUE FISCALIZAM SOCIEDADES ANÓNIMAS COTADAS EM BOLSA, EM PORTUGAL E NA ALEMANHA<sup>1</sup>

TORSTEN ROSENBOOM

Dr. jur.

Advogado em Frankfurt am Main

## A. Introdução

Tanto em Portugal como na Alemanha, sentia-se há muito a necessidade de incrementar a fiscalização das sociedades, pela constatação das dificuldades por que passavam determinadas empresas importantes.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> O presente trabalho resume partes da tese de doutoramento do autor, concluída em Agosto de 2003.

Vivendo na Alemanha, não houve, por isso, oportunidade de consultar a mais recente literatura portuguesa quanto ao tema. Assim, as opiniões apresentadas neste texto, quanto ao direito português, sustentam-se na literatura existente até à mencionada data.

<sup>2</sup> Na Alemanha, abriram falência, nos anos 30 do último século, entre outras, as empresas FAVAG, Nordwolle, DANAT-Bank, que conduziria a uma *Notverordnung* (decreto em estado de necessidade), em 1931, introduzindo a revisão legal de contas. Vide ADLER/DÜRING/SCHMALTZ, *Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen*, Kommentar zum HGB, AktG, GmbHG, Publg nach den Vorschriften des Bilanzrichtliniengesetzes, Teilband 7, §§ 316-330 HGB, § 316 margem 8; Reiner QUICK, *Die Entstehungsgeschichte der aktienrechtlichen Pflichtprüfung in Deutschland*, ZUG 1990, pp. 216, 228-232; Wolfgang Lück, *Wirtschaftsprüfung und Treuhandwesen*,



A par da fiscalização levada a cabo pelos órgãos sociais, conselho geral ou conselho fiscal, e operada pelos mecanismos da contabilidade e da publicidade, desenharam-se historicamente, nos dois países, modelos concretos de fiscalização das sociedades.

A questão fundamental passou sempre por determinar se essa fiscalização deveria ser pública ou privada.<sup>3</sup> Prevaleceu em ambos países o conceito da revisão legal de contas por profissionais especializados nas matérias de contabilidade e de revisão legal de contas. O seu papel é fiscalizar as contas da sociedade para verificar se estas estão em conformidade com as disposições legais, não indo, porém, ao ponto de controlar a saúde financeira das empresas.<sup>4</sup>

Em Portugal, estes profissionais são denominados por revisores oficiais de contas, podendo, no caso das sociedades abertas ao investimento público, existir também o chamado auditor. Note-se que a mesma pessoa pode acumular as funções de auditor e de ROC,

---

Stuttgart 1991, p. 6; Herbert BRÖNNER, *Geschichte der Revision*, em COENENBERG/v. WYSOCKI (editores), *Handwörterbuch der Revision*, Stuttgart 1992, coluna 669; Jörg BANKMANN, *Die Entwicklung des Wirtschaftsprüferstandes und seiner Aufgaben*, Stuttgart 1966, p. 177. Em Portugal já se debatia a fiscalização das sociedades no ano de 1891, quando a Companhia Real dos Caminhos-de-ferro, o Banco Lusitano e o Banco do Povo abriram falência. Naquela altura ainda não se falava numa fiscalização por profissionais externos à sociedade. Entrou em vigor em 1894 a proposta do Visconde CARNAXIDE, que levava a uma fiscalização das sociedades pelo Estado, e que seria retomada já em 1896. Passaram mais de sete décadas até que entrasse em vigor a próxima lei sobre a fiscalização das sociedades. No decreto-lei n.º 49 381, fala-se pela primeira vez sobre o revisor oficial de contas. Entre 1972 e 1979, constituíram-se vários grupos de trabalho, proliferando nesse período e por esse motivo as discussões acerca do tema da revisão legal de contas, culminando com a entrada em vigor do decreto-lei n.º 519-L2/79, que previa a fiscalização das sociedades por profissionais independentes, isto é, os revisores oficiais de contas. Vide BAPTISTA DA COSTA, *A fiscalização das sociedades em Portugal: antecedentes históricos e legislação vigente*, Lisboa 1983, pp. 9 e ss.; BAPTISTA DA COSTA, *Revisores Oficiais de Contas: principais preceitos jurídicos e técnicos*, Lisboa 1995, pp. 20 e ss.

<sup>3</sup> Vide nota 2 acima.

<sup>4</sup> Existe uma diferença entre a expectativa das pessoas que leiam os pareceres do ROC e o papel verdadeiro do ROC previsto pela lei (expectation gap); vide quanto a isto RÜCKLE/DETERS, *Die Erwartungslücke bei der Abschlussprüfung*, ZfB 1997, 923-945 com outras referências.

bastando para isso que o último se encontre registado na lista da CMVM.<sup>5</sup>

Na Alemanha, são chamados de “Wirtschaftsprüfer”. Dependendo do contexto em que os “Wirtschaftsprüfer” actuem, a lei adopta, para eles, diferentes designações, interessando-nos apenas tratar, nesta oportunidade, o caso da fiscalização das contas anuais, hipótese em que os “Wirtschaftsprüfer” assumem o nome de “Abschlussprüfer”.<sup>6</sup>

E assim encontramos a primeira diferença entre os dois ordenamentos jurídicos, já que na Alemanha a lei desconhece a distinção entre o ROC e o auditor. Sublinhe-se que mais divergências poderiam ser apontadas entre os sistemas jurídicos alemão e português, designadamente no que diz respeito à certificação legal das contas, ao relatório e ao parecer, ao controlo de qualidade, às normas relativas à independência dos ROC e às demais regras relativas à revisão legal de contas. Estas diferenças não podem, contudo, pela sua extensão, ser explicitadas no âmbito do presente trabalho.

A responsabilidade civil do ROC é um tema já muito discutido em diversos países, à cabeça dos quais avultam os Estados Unidos.

Recentemente, o legislador americano reagiu às crises, principalmente a ENRON e a WORLDCOM, através do *Sarbanes-Oxley-Act*, intensificando nomeadamente as regras sobre a revisão legal de contas.

Também ao nível europeu, a 8.<sup>a</sup> Directiva sobre sociedades está a ser revista. Na sua versão actual, a Directiva trata primariamente da formação do ROC, mas a Comissão Europeia quer alargar o respectivo

---

<sup>5</sup> É sustentado pela Ordem dos ROC em Portugal que a certificação legal das contas e o relatório podem ser elaborados pela mesma pessoa. A Directriz Técnica 701, emitida pela Ordem, permite que o relatório do Auditor e a certificação legal das contas do ROC sejam elaboradas e publicadas no mesmo documento. Contesto esta opinião, vide *infra* p. 5 e ss.

<sup>6</sup> As contas anuais em alemão são chamadas “Jahresabschluss”. Por isso alguns autores também utilizam a palavra “Jahresabschlussprüfer”. Outros usam neste contexto também a palavra mais geral “Pflichtprüfer”, porque a fiscalização das contas anuais é obrigatória. Os profissionais que executam a revisão legal de contas são designados em geral por Wirtschaftsprüfer. Aqui usarei a designação legal no caso da revisão legal de contas, que é “Abschlussprüfer”. Só quando o “Wirtschaftsprüfer” não for mencionado no contexto da revisão legal de contas, utilizarei a expressão “Wirtschaftsprüfer”.

âmbito de aplicação a outros temas, entre os quais se destacam a independência, o controlo da qualidade, o sigilo profissional e o registo. No dia 16 de Março de 2004, a Comissão publicou a proposta de uma nova 8.<sup>a</sup> Directiva sobre sociedades.<sup>7</sup> Mas, quanto à responsabilidade civil, a Comissão Europeia preferiu solicitar um estudo sobre os efeitos económicos daquela antes de elaborar uma norma comunitária.

O legislador alemão emitiu, em 9 de Dezembro de 2004, a “Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz” (Lei sobre a modernização do direito de balanço), que também mudou algumas regras relativas à revisão legal das contas, como por exemplo as respeitantes às incompatibilidades.<sup>8</sup> Além disso, o governo alemão está a pensar ampliar a responsabilidade civil dos *Abschlussprüfer*.<sup>9</sup> Em Portugal, o presente tema é ainda, quando comparado com a situação na Alemanha, relativamente desconhecido.<sup>10</sup>

Este artigo pretende, por isso, contribuir para a discussão sobre a responsabilidade civil dos ROC em Portugal, assumindo uma perspectiva comparativa entre os dois sistemas jurídicos. Nesta oportunidade, sistematizaremos e explicaremos as regras sobre a responsabilidade civil do ROC em Portugal, para depois tratarmos da correspondente situação na

---

<sup>7</sup> Pode ser consultada através de: [http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/pdf/2004/com2004\\_0177de01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/pdf/2004/com2004_0177de01.pdf); vide também Torsten ROSENBOOM, A assimilação de direito ao exemplo da oitava diretiva europeia, em Integração Regional, Fábio Gomes (coordenador), Rio de Janeiro 2004.

<sup>8</sup> BGBl. 2004, I, 3166.

<sup>9</sup> [http://www.bmj.bund.de/enid/Corporate\\_Governance/Bundesregierung\\_\\_staerkt\\_Anlegerschutz\\_und\\_Unternehmensintegritaet\\_ai.html](http://www.bmj.bund.de/enid/Corporate_Governance/Bundesregierung__staerkt_Anlegerschutz_und_Unternehmensintegritaet_ai.html).

<sup>10</sup> Sobre a responsabilidade civil do ROC em Portugal existe um estudo do Maastricht Institut for Accounting, “Role, Position and Liability of Statutory Auditors within the European Union”, e um estudo dos advogados franceses Thieffry & Associés, A study on systems of civil liability of statutory auditors in the context of a Single Market for auditing services in the European Union, de 15.01.2001. Os advogados franceses foram mandatados pela União Europeia e enviaram várias questões sobre a responsabilidade civil do ROC a advogados nos diferentes Estados Membros. As respostas portuguesas foram elaboradas pelo escritório de advogados “Vale e Azevedo”, não tendo, no entanto, sido publicadas. Existem ainda os seguintes trabalhos: Julita García DIEZ, Responsabilidades dos auditores legais em Espanha e Portugal, em Revisores e Empresas, jan./março 1999, pp. 45-59. Outros contributos acerca da revisão legal de contas podem ser encontrados no Boletim da Ordem dos ROC.

Alemanha, e, no final, traçarmos algumas conclusões, considerando também conceitos de cariz económico.<sup>11</sup>

## B. A responsabilidade civil do ROC em Portugal

Encontramos regras sobre a responsabilidade civil dos ROC em três códigos: no Código dos Valores Mobiliários (CVM), no Código das Sociedades Comerciais (CSC) e no Código Civil (CC). O CVM contém, quanto à revisão legal de contas, regras sobre a responsabilidade civil, que se dirigem não só, mas em primeiro lugar, ao auditor, de acordo com o art. 7.º do CVM. No CSC, encontra-se regulada a responsabilidade civil do ROC enquanto órgão da sociedade fiscalizada. O CC aplica-se sempre que as regras especiais dos mencionados regimes não apresentem uma solução para o caso.<sup>12</sup>

Para um melhor entendimento das regras sobre a responsabilidade civil dos ROC e dos auditores importa, primeiramente, e dada a proliferação de regimes, descrever a posição destes perante a sociedade fiscalizada.

---

<sup>11</sup> Este trabalho tem que limitar-se à responsabilidade civil dos profissionais que fiscalizam as contas anuais das sociedades abertas. Portanto não faz parte do seu âmbito a análise da responsabilidade civil dos ROC perante as sociedades que não tenham o seu capital aberto ao investimento público. Além disso, não se vai falar de responsabilidade civil dos ROC nos casos da fiscalização voluntária, ou seja, quando não decorra de uma disposição legal ou naqueles outros casos em que a lei prescreva uma fiscalização pelo ROC além da fiscalização das contas anuais. Sem entrar em pormenores processuais, importa, no entanto, destacar que em Portugal existem instrumentos processuais desconhecidos pelo direito alemão no que concerne à responsabilidade civil do Abschlussprüfer, como sejam a possibilidade de uma acção popular, a acção sub-rogatória dos accionistas e dos credores sociais. Não negando a sua importância, tivemos de ser selectivos e, como tal, não curamos aqui e agora de tais clivagens processuais. A este propósito, vide quanto a este tema Torsten ROSENBOOM, *Abschlussprüfung und Haftung nach portugiesischem Recht*, pp. 223 ss.

<sup>12</sup> O presente trabalho concentra-se somente nas especialidades quanto à responsabilidade do ROC e não entra nos pormenores da doutrina jurídica sobre a responsabilidade civil em geral; a este respeito vide entre outros Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, Coimbra 2000, pp. 645 e ss.; Inocêncio GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, Coimbra 1989, pp. 321 e ss.

### ***I. A posição do auditor e do ROC na sociedade fiscalizada***

Em Portugal, o ROC pode desempenhar funções diferentes perante a sociedade fiscalizada. Uma vez adoptado o modelo clássico, cada sociedade anónima tem ou um conselho fiscal ou um fiscal único. O fiscal único é sempre ou um revisor oficial de contas ou uma sociedade de revisores oficiais de contas, segundo o art. 413.º n.º 1 do CSC.<sup>13</sup> Se a sociedade anónima tiver um conselho fiscal, um dos seus membros será necessariamente um ROC ou uma sociedade de revisores. Já no direito alemão, os órgãos de fiscalização da sociedade anónima são um conselho geral e um revisor oficial de contas.<sup>14</sup> Desta forma, o ROC é sempre um – ou pelo menos faz parte de um – dos órgãos da sociedade anónima, independentemente do modelo que a sociedade a fiscalizar tenha adoptado no caso concreto.

Além da fiscalização interna pelo ROC, esta era também levada a cabo por um auditor externo. O antigo Código do Mercado de Valores Mobiliários de 1991 (Código do MVM, Decreto-Lei n.º 142-A/91) previa, no seu art. 100.º, a existência de auditores exteriores à sociedade fiscalizada. Com o Decreto-Lei n.º 261/95 esta exigência foi eliminada. Passou, então, a permitir-se, de acordo com o novo art. 100.º, n.º 4 do Código do MVM, que os actos praticados pelos auditores externos sejam efectuados pelo ROC que integre “os órgãos da sociedade – o conselho fiscal ou o fiscal único – desde que se encontre inscrito no referido registo, passando o recurso ao auditor externo a constituir uma opção das sociedades em causa.”<sup>15</sup> O novo CVM, que substituiu o antigo Código do MVM, não contém uma norma correspondente àquele preceito. Todavia, é unânime o entendimento segundo o qual a situação legal não se alterou a este respeito.

A Ordem dos ROC emitiu, mesmo, a Directriz Técnica sobre o relatório da auditoria elaborado por auditor registado na CMVM sobre informação anual afirmando, no seu n.º 10, que “o relatório de auditoria e a certificação legal das contas podem ser consubstanciados num só documento quando o auditor registado é simultaneamente o revisor

<sup>13</sup> Vide também Art. 413.º n.º 2 do CSC.

<sup>14</sup> Art. 278.º do CSC.

<sup>15</sup> Preâmbulo do decreto-lei n.º 261/95.

oficial de contas eleito ou designado”. Tenho dúvidas quanto à bondade da posição não só porque o novo CVM já não contém uma norma comparável ao revogado art. 100.º n.º 4 do Código do MVM, como também porque, a meu ver, não se pode aceitar a elaboração conjunta do relatório e da certificação legal de contas do novo CVM. O Decreto-Lei n.º 261/95 (o CVM) já não exige expressamente que o auditor seja exterior à sociedade fiscalizada. Além disso, o art. 245.º n.º 2 alínea b) dispõe que o relatório elaborado por um auditor registado na CMVM inclui elementos correspondentes à certificação legal de contas, se esta não for exigida por outra norma legal ou se não tiver sido elaborado por um auditor registado na CMVM. Mas a certificação legal das contas é exigida por outra norma legal, o art. 43.º n.º 4 do RJROC, onde se pode ler que “Nas empresas ou outras entidades sujeitas à revisão legal das contas é obrigatória a certificação das contas, a emitir exclusivamente pelos revisores oficiais de contas que exerçam aquelas funções.” Também a segunda alternativa (“se não tiver sido elaborado por auditor registado na CMVM”) não se verifica na maioria dos casos, porque quando o relatório é elaborado por um ROC interno, que esteja inscrito na CMVM, o relatório será elaborado por auditor registado na CMVM, visto que o ROC registado na CMVM é chamado auditor segundo o art. 9.º do CVM.

Se excluirmos as dúvidas expostas quanto à aplicação da lei, concordo com a fiscalização por um só auditor. A prática mostra que não se verificam, na maioria dos casos, diferenças essenciais entre o relatório do ROC interno e o do auditor externo. Assim, e porque isso importa uma diminuição de custos para a sociedade fiscalizada, a fiscalização por um ROC parece, em regra, ser bastante.

É certo que não existem apenas problemas sistemáticos, colocando-se igualmente questões quanto à independência dos auditores, quando se integrarem nos órgãos da sociedade fiscalizada. Porém, não é este o âmbito adequado para tratar, em pormenor, desta questão.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> A nova Directiva Europeia comporta diferentes exigências também quanto à independência dos ROC, vide quanto a Directiva nota 7 acima.

## **II. A responsabilidade segundo o Código dos Valores Mobiliários**

As sociedades abertas, segundo o art.7.º do CVM, são fiscalizadas por auditores. Auditores, no sentido do CVM, são os ROC que preencham os pressupostos do art. 9.º n.º 1 do CVM e estejam registados na Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM).<sup>17</sup> Eles respondem segundo os art. 251.º, 243.º, 149.º do CVM e segundo o art. 10.º do CVM, cuja disciplina será exposta seguidamente.

### **1. A responsabilidade segundo os arts. 251.º, 243.º, 149.º CVM**

O art. 251.º manda aplicar à responsabilidade pelo conteúdo da informação que os emitentes publiquem nos termos dos artigos anteriores, com as devidas adaptações, o disposto no art. 243.º. Um dos preceitos anteriores é o já mencionado art. 245.º. Aí se consagra, entre outros aspectos, uma responsabilidade pelo relatório elaborado por um auditor registado e pela certificação legal de contas. O art. 243.º remete, por sua vez, com adaptações, que aqui não têm efeitos, para o art. 149.º, norma geral da responsabilidade civil pelo prospecto do CVM. Assim, respondem pelos danos causados pela desconformidade do conteúdo do relatório e/ou da certificação legal de contas, segundo o art. 149.º n.º 1 alínea f), os titulares do órgão de fiscalização, as sociedades de revisores oficiais de contas, os revisores oficiais de contas e outras pessoas que tenham certificado ou, de qualquer outro modo, apreciado os documentos de prestação de contas, salvo se provarem que agiram sem culpa. Isto significa, no caso da revisão legal de contas anuais, que respondem o ROC pelo conteúdo da certificação legal de contas e o auditor pelo conteúdo do relatório.

---

<sup>17</sup> No contexto do Regime Jurídico dos ROC (RJROC), a auditoria às contas é definida no Art. 41.º como o exame ou outro serviço relacionado com as contas de empresas ou de outras entidades, efectuados de acordo com as normas técnicas aprovadas ou reconhecidas pela Ordem quando decorrentes de disposição estatutária ou contratual. Já a revisão legal de contas é efectuada quando decorra de disposição legal. Portanto a auditoria às contas segundo o CVM é uma revisão legal de contas no sentido do Art. 41.º RJROC, porque decorre de disposição legal.

A lei não refere expressamente quem pode intentar uma acção de indemnização contra o ROC ou o auditor. De acordo com o art. 149.º n.º 3, a responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no n.º 1 provar que o destinatário tinha ou devia ter conhecimento da deficiência do conteúdo do relatório ou da certificação legal de contas à data da emissão da sua declaração contratual ou em momento em que a respectiva revogação ainda era possível. A responsabilidade do art. 149.º dirige-se, portanto, ao destinatário do relatório ou da certificação legal de contas. Os destinatários do relatório e da certificação legal de contas são, em primeiro lugar, os accionistas, os quais devem ser informadas sobre o facto de as contas anuais da sociedade estarem ou não em conformidade com as exigências da lei. A intenção da lei é que os accionistas possam decidir sobre a venda e a compra de acções da sociedade fiscalizada com base em informações completas, verdadeiras, actuais, claras, objectivas e lícitas, como dispõe por exemplo o art. 7.º n.º 1. Como consequência, também os potenciais accionistas da sociedade, isto é, aqueles que ainda não possuem acções da respectiva sociedade, mas têm a intenção de comprar uma ou várias acções dela, podem sofrer danos patrimoniais, por exemplo porque desistiram da compra de acções da sociedade, influenciados por informações ilícitas, e a respectiva acção aumentou o seu valor depois de publicitada tal informação.

Mas os accionistas e os potenciais accionistas nem sempre são os únicos prejudicados por uma informação emitida pelo ROC ou o auditor, em desconformidade com a lei. Também os credores sociais e a sociedade fiscalizada podem sofrer prejuízos em consequência da actuação daqueles. Todavia, os art. 251.º, 243.º, 149.º não conferem o direito a uma indemnização aos credores sociais e à sociedade fiscalizada. Admite-se que os credores sociais tenham possivelmente um interesse nos documentos publicados pelo ROC ou o auditor, visto que eles têm interesse em estabelecer uma relação contratual com uma pessoa sobre a qual não paire a ameaça de uma insolvência. Mas o contrato deles não incide sobre a compra e venda de acções, único caso previsto no art. 149.º. Quanto à sociedade fiscalizada tem que se ver que, apesar de a certificação legal de contas e de o relatório se dirigirem também a ela, os art. 251.º, 243.º, 149.º não pretendem a protecção da sociedade fiscalizada, ou seja, os mencionados artigos somente protegem os que já compraram ou vão comprar acções da respectiva sociedade



aberta. Isto resulta claramente dos art. 150.º alínea b) e 151.º, que falam sobre a sociedade fiscalizada junto com os demais responsáveis e não com os credores de uma tal acção prescrevendo uma responsabilidade solidária da sociedade fiscalizada com o ROC e o auditor para com os accionistas e os potenciais accionistas no caso de um relatório falso ou uma certificação legal de contas falsa.

## *2. A responsabilidade segundo o Art. 10.º CVM*

Segundo o art. 10.º, o ROC responde pelos danos causados pela deficiência do relatório ou do parecer elaborado por auditor, desde que tenha assinado o relatório ou o parecer. Portanto, segundo este artigo, o ROC não responde pelas deficiências da certificação legal de contas, ou seja, só o auditor responde nos termos do art. 10.º, salvo se o auditor e o ROC forem a mesma pessoa. Apesar disso, em comparação com os dispostos dos art. 251.º, 243.º, 149.º, a responsabilidade, de acordo com o art. 10.º, é mais ampla, incluindo uma responsabilidade também para com a sociedade fiscalizada e para com terceiros. Não se encontra uma limitação de terceiros ou uma enumeração de possíveis terceiros, já que o auditor responde não só para com os já referidos accionistas e credores sociais, mas também para com quaisquer terceiros, como por exemplo os trabalhadores da sociedade fiscalizada, desde que se verifique um dano causado por ele.<sup>18</sup>

Além disso vale a pena mencionar que a responsabilidade consagrada no art. 10.º, n.º 1, b) não vai produzir efeitos, porque as sociedades de revisores oficiais de contas e outras sociedades de auditoria não assinam os documentos auditados, mas os documentos da auditoria, isto é, o relatório ou o parecer e não por exemplo as contas anuais quando forem auditadas.<sup>19</sup> Mesmo assim respondem, conforme estabelece o art. 10.º, não só os ROC a título individual, como também as

---

<sup>18</sup> O Art. 107.º n.º 1 do antigo Código do MVM ainda mencionava como exemplo de terceiros os investidores.

<sup>19</sup> Vide Carlos Alberto da SILVA E CUNHA, Responsabilidades, Responsabilidade civil profissional, em: VII Congresso dos revisores oficiais de contas, Novembro 2000, p. 9.

sociedades de revisores. O antigo Código MVM não permitia que os ROC, a título individual, fossem inscritos na lista da CMVM, ou seja, só as sociedades de revisores oficiais de contas podiam ser auditores nos termos do Código MVM. Portanto havia apenas a necessidade de prever uma responsabilidade das sociedades de revisores oficiais de contas. O legislador do novo CVM quis dar também aos ROC a título individual a possibilidade de se registarem como auditores na CMVM. Por isso, tornou-se necessário prever a responsabilidade civil do ROC a título individual. Não há, porém, pontos de apoio seguros que nos conduzam à conclusão de que o legislador teve a intenção de eliminar a responsabilidade das sociedades de revisores, que ainda depois da revisão do Código do MVM, na grande maioria dos casos, executam a auditoria nos termos do CVM.

Resta a questão de saber como opera a responsabilidade das sociedades de revisores segundo o art. 10.º. Um caminho parece ser o de interpretar “revisores oficiais de contas” num sentido amplo, por forma a que a lei se aplique não apenas aos revisores oficiais de contas a título individual mas também às sociedades de revisores. Assim, as sociedades de revisores respondem segundo o art. 10.º, n.º 1, alínea a), ficando o art. 10.º n.º 1 alínea b) sem âmbito de aplicação.

Um outro problema pode ser equacionado no que diz respeito à culpa do auditor na elaboração defeituosa do relatório ou parecer. Enquanto o art. 107.º, n.º 1 Código do MVM ainda dispunha que o auditor respondia pelos prejuízos que culposamente causasse, o novo art. 10.º do CVM já não menciona a culpa do auditor. Contrariamente, no art. 149.º do CVM o legislador faz referência à culpa: “...salvo se provarem que agiram sem culpa”. Poder-se-á, então, concluir que a responsabilidade do auditor segundo o art. 10.º do CVM é objectiva? A meu ver não, porque o legislador do CVM não queria agravar a responsabilidade do auditor, mas apenas simplificar as normas respeitantes a esta.<sup>20</sup> Também não se descortina nenhuma razão justificativa de uma clivagem entre o regime consagrado no artigo 10.º e a responsabilidade prevista nos artigos 251.º, 243.º, 149.º, que exigem claramente um comportamento culposo do auditor.

---

<sup>20</sup> Vide n.º 3 da introdução ao decreto-lei n.º 486/99, de 13 de Novembro (CVM).

### III. *A responsabilidade segundo o Código das Sociedades Comerciais*

Dos art. 251.º, 243.º, 149.º do CVM decorre somente uma responsabilidade para com os accionistas e o art. 10.º CVM não se aplica em princípio ao trabalho do ROC interno, ou seja, o CVM não prevê uma responsabilidade do ROC por deficiências da certificação legal de contas para com outros utentes dela além dos accionistas, ao mesmo tempo que falta, no corpo do diploma, uma regra geral quanto à responsabilidade civil do ROC interno. Por conseguinte, devem aplicar-se as estes casos as normas do CSC (art. 81.º e 82.º).

#### 1. *A relação entre o Art. 81.º e o Art. 82.º do CSC*

A relação entre o art. 81.º e o art. 82.º não é inequívoca. A epígrafe do art. 82.º refere a "Responsabilidade dos revisores oficiais de contas". O art. 81.º trata da responsabilidade dos membros de órgãos de fiscalização, aos quais, como já vimos, pertence também o ROC tanto no modelo clássico quanto no modelo alemão.

De ponto de vista histórico parece razoável a opinião segundo a qual a responsabilidade do ROC deve ser equiparada à dos demais membros dos órgãos de fiscalização, porque o art. 28.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 49381, que antecedeu o CSC, previa exactamente isso. Não se encontra, porém, no actual CSC uma disposição idêntica ao art. 28.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 49381. Por outro lado, o Decreto-Lei n.º 49381 desconhecia uma norma assimilável ao art. 82.º do CSC. Assim pode tirar-se a conclusão que a lei já não tem a intenção de equiparar as responsabilidades do ROC e dos demais órgãos de fiscalização.

Outra interpretação, historicamente cunhada, pode ser aquela segundo a qual o art. 82.º CSC apenas se aplica ao ROC do modelo alemão, pois o Decreto-Lei n.º 49381 não conhecia o modelo germânico.

O teor literal do art. 82.º depõe a favor da solução de que este preceito será sempre aplicável ao ROC tanto no modelo clássico quanto no modelo alemão ou ainda em qualquer outro caso da sua actuação. A favor desta solução pode dizer-se também que o art. 82.º é uma norma da parte geral do CSC, tendo portanto uma vocação generalista.

Mas, nesse caso, o art. 81.º CSC não se aplicaria em nenhuma hipótese de responsabilidade do ROC.<sup>21</sup>

Finalmente existe ainda a possibilidade de o ROC responder segundo o art. 82.º “no exercício da pura actividade de revisão”<sup>22</sup>, e responder pelo art. 81.º, quando actuar como qualquer outro membro do órgão de fiscalização. Para justificar esta posição, COSTA PINA refere-se aos art. 262.º, n.º 2, 263.º, n.º 5 e 6, 420.º, n.º 3, 452.º e 454.º onde é discernível a mesma distinção. Depõe ainda a favor desta solução o facto de a remissão do art. 81.º para as disposições anteriores não fazer sempre sentido no caso da revisão legal de contas. O art. 72.º, n.º 2, conduz a uma exclusão da responsabilidade a favor de pessoas que participaram numa decisão, isto é, o art. 72.º, n.º 2, pressupõe uma situação em que mais do que uma pessoa seja chamada a actuar de uma certa maneira. Mas isto não é a situação da revisão legal de contas, porque só o ROC decide sobre ela e apenas ele actua nela, quer dizer, não é uma tarefa de um conselho. Além disso, o art. 72.º, n.º 4, determina que a responsabilidade das pessoas para com a sociedade não tem lugar quando o acto ou a omissão assente numa deliberação dos sócios, ainda que anulável. A revisão legal de contas não está todavia na disponibilidade dos sócios. Uma deliberação deles também não pode afastar a responsabilidade do ROC, porque a revisão legal de contas é feita no interesse público e deve ser efectuada com independência. No caso da responsabilidade do ROC para com os accionistas, o art. 81.º remete para o art. 79.º que exige que aquele cause danos directamente aos accionistas, o que significa que tem de haver violação dos direitos dos accionistas, porque os danos que o ROC cause à sociedade fiscalizada não são danos directamente causados aos accionistas. Os danos causados à sociedade fiscalizada podem apenas implicar efeitos negativos no património dos accionistas.<sup>23</sup> Mas os

<sup>21</sup> Sempre aplicam o Art. 82.º do CSC, embora sem justificação, SILVA E CUNHA, nota 19 acima, p. 16; DIEZ, nota 10 acima, em: *Revisores e Empresas*, Jan.Março 1999, p. 53.

<sup>22</sup> Carlos COSTA PINA, *Dever de Informação e Responsabilidade pelo Prospecto no Mercado Primário de Valores Mobiliários*, Coimbra 1999, p. 202.

<sup>23</sup> Manuel C. NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*, Coimbra 1989, p. 90; Pedro CAETANO NUNES, *Responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas*, Coimbra 2001, pp. 44-47; J. PINTO FURTADO, *Código Comercial anotado*,

accionistas não têm direitos directamente perante o ROC, porque eles não são parte no contrato celebrado entre a sociedade fiscalizada e o ROC. As normas a que o ROC tem que obedecer podem, é certo, proteger os accionistas, mas não são normas que confirmam direitos aos accionistas perante o ROC, ou seja, os direitos deles existem perante a sociedade fiscalizada e não perante o ROC. Os accionistas não podem com base nestas normas propor, por exemplo, uma acção contra o ROC. Portanto não vejo caso nenhum em que a responsabilidade do art. 79.º se projecte na revisão legal de contas. Assim, a última opinião referida parece ser a solução mais consentânea com o quadro legal.

## 2. A responsabilidade segundo o art. 82.º do CSC

Segundo o art. 82.º n.º 1 do CSC, o ROC responde para com a sociedade e os sócios, no caso os accionistas, pelos danos que lhes causar com a sua conduta culposa.

A responsabilidade é ilimitada e solidária, sendo aplicável o art. 73.º CSC. Trata-se quanto à responsabilidade para com a sociedade de uma responsabilidade contratual.

Para com os accionistas trata-se de uma responsabilidade extra-contratual. Mas ao contrário do que acontece nos art. 81.º e 79.º, no âmbito do art. 82.º não é necessário que os danos sejam directamente causados, isto é, basta que o comportamento culposos do ROC se ligue a um dano de um accionista. Aplica-se também o art. 77.º nesta situação, apesar de o art. 82.º remeter unicamente para o art. 78.º. Porém, o art. 78.º n.º 2 pressupõe que os accionistas tenham a possibilidade de interpor a acção segundo o art. 77.º. A *ratio* da lei é garantir que a sociedade tenha a possibilidade de resolver os problemas internamente antes que os credores sociais externos proponham uma acção contra o ROC. Apenas se a acção dos accionistas não tiver provimento ou não for intentada, os credores podem actuar segundo o art. 78.º.

Para com os credores sociais o ROC responde em conformidade com o disposto no art. 82.º, n.º 2, nos termos previstos no art. 78.º do

---

Vol. II-Tomo I, Artigos 151.º a 178.º, Coimbra 1986, p. 412.; vide também António PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, Coimbra 1997 p. 124 e o acórdão do STJ de 23 de Maio de 2002, 02B1152.

CSC. Assim, o ROC responde perante os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos. Com a expressão “disposições contratuais” a lei remete para as disposições do estatuto da sociedade. No entanto, não existem disposições destinadas à protecção dos credores sociais nos estatutos das sociedades anónimas, pelo que estas disposições, no sentido do artigo 78.º, n.º1, se têm de procurar no ordenamento jurídico. É assim necessário encontrar uma definição para elas. E para esse efeito, segue-se aqui o ensinamento de ELISABETE RAMOS:<sup>24</sup> Exige-se, então, a “infracção de leis que, apesar de terem em vista a protecção de interesses colectivos, não deixam de atender aos interesses particulares subjacentes. Essencial é que a protecção individual seja intencionada, embora não tenha de constituir o fim principal da norma.” Ao que a autora acrescenta que “...é pertinente averiguar se a respectiva norma visa proteger os interesses dos credores sociais contra aquele modo de lesão e contra aqueles danos. Deste modo, se é importante determinar o fim da norma (Normzweck), em alguns casos tal caminho pode revelar-se insuficiente. Por isso, a doutrina alemã invoca o critério do “reforço penal” (Strafbewehrung). Este critério será mobilizado na tutela de bens que não são protegidos pela primeira variante de ilicitude, por exemplo, o património. Esta caracterização das normas de protecção desenvolvida pela doutrina alemã é aceite pela doutrina portuguesa pois conforma-se com a recusa de o legislador nacional em reconhecer uma ampla protecção delitual dos interesses patrimoniais.”<sup>25</sup>

ELISABETE RAMOS chega à conclusão de que as regras sobre a informação dos accionistas e dos credores sociais são disposições legais de protecção dos credores sociais. Não concordo. É verdade que “a verdadeira garantia dos credores da sociedade é constituída pelo património da sociedade”<sup>26</sup> e que as disposições sobre a informação

---

<sup>24</sup> Maria ELISABETE Gomes RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores ou directores de sociedades anónimas perante os credores sociais*, Coimbra 2002, p. 212; vide também VENTURA/BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas*, BMJ, n.º 195, p. 45.

<sup>25</sup> ELISABETE RAMOS, nota 24 supra, p. 217.

<sup>26</sup> ELISABETE RAMOS, nota 24 supra, p. 217.

dos accionistas, mais concretamente as disposições legais sobre a contabilidade, podem ter, entre outros, o objectivo de conservar o património da sociedade. Mas as disposições legais sobre a informação dos accionistas prosseguem em primeiro lugar funções de organização, ou seja, eles não têm como primeiro objectivo a protecção dos accionistas ou dos credores sociais, mas estabelecer um sistema de contabilidade que serve para proteger a economia como um todo.<sup>27</sup>

Além disso, questiona-se se as normas especiais a respeito do ROC, isto é, as normas do RJROC, as Normas Técnicas, as Directrizes e Recomendações Técnicas, o Regulamento sobre o Controlo de Qualidade e o Código da Ética podem ser qualificados como disposições de protecção dos credores sociais. Sem entrar na questão de saber se as citadas normas são disposições *legais* no sentido do art. 78.º do CSC ou no sentido do art. 1.º n.º 2 do CC, importa, no entanto, sublinhar que as ditas disposições apenas determinam os direitos e deveres dos ROC e não têm como objectivo principal a tutela dos credores sociais, ainda que em certos casos elas importem efeitos laterais de protecção. Elas não podem, portanto, ser subsumidas ao art. 78.º do CSC.

Por conseguinte, somente as normas penais podem ser tomadas em consideração. Menciona-se aqui por exemplo o crime de burla (art. 217.º ss. do CP), a infidelidade (art. 227.º do CP), violação e aproveitamento indevido de segredo (art. 195.º, 196.º do CP) ou falsificação de documentos (art. 257.º do CP). Estas normas protegem os terceiros em geral, nos quais também se podem incluir os credores sociais, sendo conseqüentemente disposições legais destinadas à sua protecção no sentido do art. 78.º. Mas, todas estas normas exigem a verificação do dolo, que é difícil de provar e que na prática raramente se verifica.<sup>28</sup>

Quanto aos restantes requisitos do art. 78.º do CSC, não vejo especialidades no caso da revisão legal de contas. Remeto por isso para a literatura existente, pois não é este o âmbito adequado para analisar

---

<sup>27</sup> Assim a doutrina alemã. Vide por exemplo BGH, BB 1964, 1273; Werner F. EBKE, em Münchner Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 4, Drittes Buch, Handelsbücher, §§ 238-342a HGB, München 2001, (MüKo) § 323 margem 85.

<sup>28</sup> Vide Jorge Ferreira SINDE MONTEIRO, Responsabilidade por informações face a terceiros, BFDUC (73) 1997, p. 35, 43; e quanto ao direito alemão por todos, EBKE em MüKo, nota 27 supra, § 323 margem 78.

os aspectos que a doutrina existente já sedimentou quando não se verificam especificidades na situação do ROC.<sup>29</sup>

#### IV. A *responsabilidade segundo o Código Civil*

Não está regulada no art. 82.º do CSC a responsabilidade civil para com os demais terceiros. Porém, nada parece obstar à aplicação das normas do Código Civil a este propósito.<sup>30</sup> Deve ter-se em conta assim os art. 334.º e 485.º do CC. O ROC pode responder também segundo o art. 483.º n.º 1, 2.ª variante da ilicitude (“qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios”). Esta responsabilidade todavia não se distingue significativamente da responsabilidade que vem do art. 82.º do CSC. A diferença reside no facto de não serem só disposições legais de protecção de credores sociais, mas também as disposições legais a protecção de qualquer terceiro podem ser chamadas a fundamentar uma pretensão indemnizatória deduzida contra o ROC. No caso da responsabilidade civil esta diferença não assume grande relevância, podendo assim ser deixada de fora do âmbito deste trabalho. Com base na 1.ª variante de ilicitude constante do art. 483.º n.º 1 do CC não pode fundamentar-se a responsabilidade do ROC, porque esta norma não permite o ressarcimento dos danos primariamente patrimoniais e no caso da revisão legal de contas são estes danos que, na grande maioria dos casos, se geram.

##### 1. A *responsabilidade segundo o art. 334.º do CC*

Segundo o art. 334.º do CC é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito. No que diz respeito à responsabilidade do ROC apenas o abuso de direito por contrariedade aos bons costumes pode justificar a respon-

---

<sup>29</sup> Vide quanto a doutrina existente ELISABETE RAMOS, nota 26 supra, pp. 216 ss., com outras referências.

<sup>30</sup> Vide também STJ em CJ, III (1997), p. 140 e ss.



sabilidade.<sup>31</sup> Pergunta-se portanto de que direito pode o ROC eventualmente abusar no sentido do art. 334.º do CC. Os direitos do ROC são a fiscalização das contas anuais para com a sociedade e a informação de terceiros sobre a situação das contas anuais da sociedade fiscalizada.

Sem entrar nos pormenores do conceito dos bons costumes, pretende aqui chamar-se a atenção para alguns pontos deste conceito no âmbito da revisão legal de contas.

Não é necessário segundo o direito português que o ROC actue com dolo,<sup>32</sup> mas também não basta a mera ilicitude do comportamento. Exige-se, pelo menos, a verificação de uma situação de negligência grave.<sup>33</sup> Assim pode, por exemplo, basear-se no art. 334.º do CC a responsabilidade do ROC na situação da fiscalização das contas quando o tenha a consciência de que a sua conduta gravemente culposa incutirá ideias falsas em terceiros sobre as contas anuais e assim determinará decisões de terceiros, que têm efeitos negativos no património deles.<sup>34</sup>

## *2. A responsabilidade segundo o art. 485.º do CC*

Existe segundo o art. 485.º do CC o dever de indemnizar, quando se tenha assumido a responsabilidade pelos danos, quando havia o dever jurídico de dar conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar, ou quando o procedimento do agente constitua facto punível. Em regra, não se verificará uma situação em que o ROC assuma a responsabilidade para com terceiros pelos danos causados pelos pareceres, relatórios ou certificações legais de contas, porque no caso da fiscalização das contas

---

<sup>31</sup> Vide quanto às demais variantes do Art. 334.º e as razões porque elas não relevam para a responsabilidade civil do ROC, Manuel A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil?* pp. 48-55; Jorge Ferreira SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por informações face a terceiros*, BFDUC 73 (1997), p. 35, 44, nota de rodapé 26.

<sup>32</sup> Confronta-se mais tarde a situação diferente no direito alemão.

<sup>33</sup> Exige-se uma lesão grave de deveres do ROC também porque, de outro modo, a decisão do legislador português no art. 483.º do CC de não indemnizar danos primariamente patrimoniais perderia efeito útil.

<sup>34</sup> Neste sentido também CARNEIRO DA FRADA, nota 31 supra, p. 58.

anuais o relatório ou o parecer e a certificação legal das contas dirigem-se a inúmeras pessoas, isto é, em geral não ocorre uma situação em que o ROC se encontre numa relação com uma ou mais pessoas para assumir a responsabilidade pelas suas publicações.<sup>35</sup> O dever do ROC de emitir os seus relatórios, pareceres e certificações de contas existe somente perante a sociedade fiscalizada. O ROC exerce as suas funções com base no contrato celebrado entre si e a sociedade fiscalizada. O dever de informação de terceiros é uma obrigação da sociedade fiscalizada e não do ROC. Assim, a única possibilidade de deduzir uma acção indemnizatória contra o ROC, com base no art. 485.º do CC, resume-se à verificação da prática de um acto punível por parte daquele. Quanto a este requisito pode remeter-se para o que foi exposto acima.<sup>36</sup>

### C. A responsabilidade civil do “Abschlussprüfer” na Alemanha

Para entender a responsabilidade civil do equivalente do ROC na Alemanha, do “Abschlussprüfer”, é necessário antes de tudo evidenciar as diferenças entre a posição assumida pelo *Abschlussprüfer* e pelo ROC na sociedade fiscalizada. Quanto à responsabilidade civil do *Abschlussprüfer*, o direito alemão, ao contrário do direito português, tem apenas um parágrafo especial acerca da responsabilidade civil para com a sociedade fiscalizada, que é o § 323 HGB (Código Comercial alemão). Para com terceiros, relativamente ao contrato celebrado entre o *Abschlussprüfer* e a sociedade fiscalizada, aquele responde segundo as leis gerais do BGB (Código Civil alemão).

---

<sup>35</sup> O parecer ou relatório e a certificação legal de contas são publicados com as contas anuais da sociedade fiscalizada descrevendo as responsabilidades do ROC, vide Directriz Técnica Nr. 700. Vide também CARNEIRO DA FRADA, nota 31 supra, p. 66.

<sup>36</sup> Existe ainda uma “terceira via” da responsabilidade civil para com terceiros, vide Manual A. CARNEIRO DA FRADA, nota 31 supra, que é muito parecida ao conceito do CANARIS, vide Claus Wilhelm CANARIS, *Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten*, ZHR 163 (1999), p. 206; pelos visto esta terceira via ainda não foi reconhecido pelos tribunais portugueses. Quanto a uma interpretação extensiva do Art. 483.º do CC, que não é a opinião predominante em Portugal e que também não foi reconhecida pelos tribunais, vide CARNEIRO DA FRADA, nota 31 supra., pp. 20, 21 e 81 com outras referências.

### I. *A posição do Abschlussprüfer na Aktiengesellschaft (sociedade anónima)*

Contrariamente à disciplina prevista no CSC, os fundadores de uma sociedade anónima na Alemanha não podem escolher entre o modelo clássico (modelo monista) e alemão (modelo dualista). Na Alemanha, a sociedade anónima existe só na forma do modelo dualista. No que diz respeito à posição do *Abschlussprüfer* não existe regulamentação expressa, como aquela que encontramos no art. 278.º do CSC. Por isso, debate-se qual a posição por ele ocupada. Segundo a opinião de alguns autores e do *Bundesgerichtshof* (BGH – Supremo Tribunal de Justiça da Alemanha), o *Abschlussprüfer* é um órgão da sociedade fiscalizada.<sup>37</sup> Mas hoje a opinião predominante na Alemanha é a daqueles que se inclinam para considerar que o *Abschlussprüfer* é um perito externo e independente da sociedade fiscalizada com funções de controlo legalmente estabelecidas.<sup>38</sup> O BGH defendia a sua posição antiga, porque desta maneira queria justificar um dever de informação do *Abschlussprüfer* perante a sociedade no caso de haver uma situação de quase falência da sociedade. Entretanto este dever de informação foi regulado no § 321 HGB. Portanto já não há razão para se continuar a sustentar idêntica posição. Acrescente-se que o *Abschlussprüfer*, segundo a lei alemã, não se integra no conselho geral. Ele está fora da sociedade, vinculando-se a ela só mediante o contrato celebrado com ela.<sup>39</sup>

### II. *A responsabilidade para com a sociedade fiscalizada segundo o § 323 HGB*

O § 323, n.º 1, al. 3, do HGB dispõe que o *Abschlussprüfer*, os seus assistentes e os representantes legais da sociedade de revisores, desde que participem na fiscalização, respondem, se violarem os seus deveres com dolo ou com negligência, pelos danos causados à sociedade

<sup>37</sup> BGHZ 16, 17, 25.

<sup>38</sup> Vide por exemplo EBKE em MüKo, nota 27 supra, § 316 anotações 26, 32.

<sup>39</sup> Vide quanto a esta discussão na Alemanha Ebke, em MüKo, nota 27 supra, § 316 anotação 26 e ss. com outras referências.

de capitais e também as empresas coligadas, quando estas sejam prejudicadas.

Embora não haja contrato entre a sociedade fiscalizada e os assistentes do *Abschlussprüfer*, nem entre a sociedade fiscalizada e os representantes legais da sociedade de revisores, quando ela seja o *Abschlussprüfer*, eles respondem perante a sociedade fiscalizada. Além disso, não existe vínculo contratual entre o *Abschlussprüfer* e a empresa coligada e a sociedade fiscalizada. Todavia, o *Abschlussprüfer* responde para com a empresa coligada. Os demais terceiros, porém, não são protegidos pelo § 323 do HGB. A responsabilidade civil perante os demais terceiros segue, portanto, as regras gerais do BGB.

Discute-se também quais os deveres do *Abschlussprüfer* no contexto do § 323, n.º 1, al. 3, do HGB. Alguns autores defendem que apenas uma violação dos deveres enunciados no § 323, n.º 1, al. 1 e 2, do HGB justifica a responsabilidade civil do *Abschlussprüfer*. Os deveres constantes do § 323, n.º 1, al. 1 e 2, do HGB são o dever de executar a revisão legal das contas conscientemente, o dever de independência e o dever de sigilo profissional. A opinião dominante é que o § 323, n.º 1, al. 3, do HGB não se restringe aos deveres mencionados no § 323, n.º 1, al. 1 e 2, do HGB, mas, pelo contrário, que todos os deveres que oneram o *Abschlussprüfer* no âmbito da revisão legal de contas são deveres no sentido do § 323, n.º 1, al. 3, do HGB.<sup>40</sup>

Segundo o § 323, n.º 2, do HGB, a responsabilidade está limitada a um milhão de Euros e quando, como no nosso caso, se trate de uma sociedade anónimas cotadas na bolsa, a responsabilidade está limitada a oito milhões de Euros. Observe-se aqui uma especialidade do direito alemão. Na Europa só na Grécia e na Áustria encontramos igual limitação da responsabilidade civil no seu limite máximo.<sup>41</sup> A limitação vale também, segundo o § 323, n.º 2, al. 3, do HGB, se mais do que uma pessoa actuar na revisão legal de contas ou se mais do que um acto causar um dano à sociedade fiscalizada. Não se aplica o § 323, n.º 2, do HGB no caso de o *Abschlussprüfer* actuar dolosamente. Mas em

<sup>40</sup> Vide ZIMMER em Peter ULMER (editor), HGB Bilanzrecht, Großkommentar, Rechnungslegung Abschlussprüfung Publizität, 2. Teilband: §§ 290-342a HGB, Konzernabschluss, Prüfung und Publizität, Berlin 2002, § 323 anotação 25.

<sup>41</sup> THEFFRY & ASSOCIÉ, nota 10 supra, pp. 74 ss.

qualquer caso de negligência a responsabilidade é limitada, ou seja, tanto faz que o *Abschlussprüfer* prejudique a sociedade por negligência leve ou por negligência grave. O *Abschlussprüfer* aproveita, em qualquer dos casos, da regra do § 323, n.º 2, do HGB.<sup>42</sup>

Discute-se também se, no âmbito da responsabilidade prevista no § 323 do HGB, devia limitar-se a aplicação do § 254 do BGB, que consagra a co-responsabilidade. A favor de uma limitação da aplicação do § 254 do BGB alguns autores argumentam que faz parte das funções do *Abschlussprüfer* descobrir erros na contabilidade e prevenir os danos que possam resultar para a sociedade de uma contabilidade falsa. Se a culpa dos órgãos e colaboradores da sociedade fiscalizada conduzi-se a uma redução da indemnização do *Abschlussprüfer*, a sociedade, em muitos casos, tinha de suportar os danos completamente ou, pelo menos, em grande parte.<sup>43</sup> Outros autores contrapõem que a actuação do revisor não deve dispensar os órgãos da sociedade das suas responsabilidades.<sup>44</sup> Mas pode opor-se a este argumento que os órgãos da sociedade não são dispensados das suas responsabilidades, mas respondem solidariamente com o *Abschlussprüfer* pelos danos causados àquela.<sup>45</sup>

Não se justifica uma aplicação limitada da ideia de co-responsabilidade se os órgãos da sociedade elaborarem contas falsas com dolo. Se os órgãos da sociedade colaborarem com o *Abschlussprüfer* dolosamente, dever-se-ia dividir a obrigação de indemnizar segundo as contribuições dos lesantes. Só em matérias de revisão legal de contas se justifica uma limitação do conceito da co-responsabilidade, isto é, só no que diz respeito à fiscalização dos livros, balanços e demais objectos da revisão de contas o § 254 do BGB devia ver o seu âmbito de aplicação limitado. Mas se a negligência dos órgãos da sociedade disser respeito a deveres da sociedade para com o *Abschlussprüfer*, como por exemplo o dever de prestar ao revisor todas as informações de que ele necessite para a revisão das contas, não se devia restringir

---

<sup>42</sup> Vide para mais pormenores entre outros BUDDE/HENSE, Beck'scher Bilanzkommentar, Handels – und Steuerrecht – §§ 238 – 339 HGB, München 1999, § 323 anotação 131.

<sup>43</sup> Vide OLG Karlsruhe, WPK-Mitt. 1999, 231.

<sup>44</sup> ADLER/DÜRING/SCHMALTZ, nota 2 supra, § 323 anotação 135.

<sup>45</sup> BUDDE/HENSE, nota 42 supra, § 323 anotação 123.

a aplicação do § 254 do BGB. Só se os órgãos da sociedade, actuando negligentemente, elaborarem contas defeituosas, e o revisor não descobrir os erros, apesar de ter o dever de os descortinar, a verificação de negligência dos órgãos da sociedade fiscalizada não terá como consequência uma redução da indemnização.<sup>46</sup>

A responsabilidade segundo o § 323 do HGB é solidária.<sup>47</sup> Esta responsabilidade prescrevia, de acordo com o antigo § 323, n.º 5, do HGB, em cinco anos. Com a reforma do direito das obrigações (*Schuldrechtsreform*) e a reforma do direito de prescrição, o legislador adaptou a prescrição da responsabilidade civil do *Abschlussprüfer* às regras gerais, prescrevendo assim, conforme o § 195 do BGB, um prazo de três anos.<sup>48</sup> Discute-se o início da contagem da prescrição. Segundo o § 199, n.º 1, al. 1, do BGB, o início dessa contagem exige, entre outros, que todos os pressupostos do § 323 do HGB sejam cumpridos. No caso da revisão legal de contas é então debatido em que momento o dano se verifica. Alguns autores entendem que o dano já se verifica com a entrega do relatório do *Abschlussprüfer*. Outros contrapõem com o argumento de que, no momento da entrega do relatório, ainda não se sabe se um comportamento ilegal do *Abschlussprüfer* tem por consequência um dano na sociedade fiscalizada. O BGH defende a posição segundo a qual a contagem do prazo de prescrição começa no momento em que a sociedade delibera sobre a aplicação dos lucros se o balanço demonstrar lucros inexistentes por culpa do *Abschlussprüfer*.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Assim também BUDE/HENSE, nota 42 supra, § 323 anotação 124; EBKE em MüKo, nota 27 supra § 323 anotação 63.

<sup>47</sup> Vide § 323 n.º 1 al. 4 do HGB.

<sup>48</sup> Vide também o § 55 do EGHGB (Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch – lei introdutória ao código comercial), segundo o qual se aplica desde 1 de janeiro de 2004 o § 195 do BGB a todas as pretensões em conformidade com o § 323 do HGB, senão resultar da aplicação do antigo § 323 n.º 5 do HGB uma prescrição anterior daquela que resultaria do § 195 do BGB.

<sup>49</sup> Vide quanto à esta discussão na Alemanha EBKE em MüKo, nota 27 supra, § 323 anotação 69 com outras referências; ZIMMER em ULMER, nota 40 supra, § 323 anotação 51 com outras referências.

### III. A responsabilidade para com terceiros

No que diz respeito à responsabilidade civil do *Abschlussprüfer*, o legislador alemão não estabeleceu até hoje uma regra especial. Recorre-se por isso às regras gerais. Tal como a lei portuguesa, também a lei alemã distingue a este respeito entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual.

#### 3. A responsabilidade contratual

Uma relação contratual existe em regra apenas entre o *Abschlussprüfer* e a sociedade fiscalizada. Mas em casos especiais é configurável a celebração de um contrato de informação (*Auskunftsvertrag*) ou pode ser sustentável que o contrato celebrado entre o *Abschlussprüfer* e a sociedade a fiscalizar tenha efeitos de protecção a favor de terceiros (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*).

##### a) Contrato de informação

Antigamente, os tribunais reconheciam a existência de um contrato de informação no caso em que as informações prestadas fossem, para o receptor das mesmas, de interesse fundamental, tal fosse previsível para o emissor e se este fosse especialmente competente ou tivesse um interesse económico próprio.<sup>50</sup> Segundo esta antiga jurisprudência, mediante tais condições, estaríamos diante de um contrato celebrado não expressamente, mas de forma concludente.<sup>51</sup> As decisões mais recentes julgaram decisivas as circunstâncias de cada caso. Os critérios da jurisprudência antiga são agora encarados como indícios de existência de um contrato de informação.<sup>52</sup> Segundo a nova jurisprudência é

<sup>50</sup> BGH WM 1972, p. 466; BGH WM 1979, p. 530; BGH WM 1985, pp. 450, 451.

<sup>51</sup> Vide nota 50 supra.

<sup>52</sup> BGH NJW 1986, 180, 181; vide também Horst ZUGEHÖR, Berufliche „Dritthaftung“ – insbesondere der Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Notare – in der deutschen Rechtsprechung, NJW 2000, pp. 1601, 1605, 1606.

necessário que exista um contacto directo entre o terceiro e o emitente da informação, isto é, o *Abschlussprüfer*.<sup>53</sup> Exige-se, ainda, que o *Abschlussprüfer* preste declarações e confira garantias quanto à sua revisão legal de contas.<sup>54</sup> Portanto, na grande maioria dos casos da revisão legal de contas não se descortinará a celebração de um contrato de informação entre o *Abschlussprüfer* e terceiros.

*b) Contrato com eficácia de protecção para terceiros*

Um contrato desenvolve efeitos de protecção perante terceiros se o terceiro tipicamente estiver em contacto com as obrigações contratuais, se a sociedade fiscalizada tiver um interesse especial na protecção do terceiro e se estes dois pressupostos forem previsíveis para o contratante e existir a necessidade de protecção do terceiro.<sup>55</sup> Durante muitos anos, o BGH negou que a sociedade fiscalizada pudesse ter um interesse especial na protecção dos terceiros, porque os interesses da sociedade e os dos terceiros são obviamente opostos.<sup>56</sup> Mais tarde o BGH entendeu que, independentemente dos interesses das partes envolvidas, será decisivo saber se os contratantes queriam incluir um certo terceiro no âmbito de protecção do contrato.<sup>57</sup> Na falta de uma declaração expressa dos contratantes, uma declaração concludente é admitida pelo BGH se houver recurso, pelos terceiros, em concreto, a uma confiança especial, de que goza geralmente um *Wirtschaftsprüfer*.<sup>58</sup> Segundo o BGH aquele que contrata um *Wirtschaftsprüfer* para aproveitar do trabalho dele também perante terceiros tem interesse, que o *Wirtschaftsprüfer* exerça a sua função com a máxima consciência e com o máximo conhecimento

<sup>53</sup> LG Frankfurt, BB 1997, pp. 1682, 1683.

<sup>54</sup> BGH NJW 1995, 392. Vide também EBKE em MüKo, nota 27 acima, § 323 margem 103.

<sup>55</sup> Vide Dieter MEDICUS, Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, München 1999 margens 774-779.

<sup>56</sup> EBKE/SCHEEL, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers für fahrlässig verursachte Vermögensschäden Dritter, WM 1991, pp. 389, 392, 393.

<sup>57</sup> Vide por exemplo BGH WM 1985, 450, 452; BGH NJW 1987, pp. 1758, 1760; vide também EBKE/SCHEEL, nota 56 acima, WM 1991, pp. 389, 392, 393.

<sup>58</sup> Vide as referências na nota 57 acima.



e que o *Wirtschaftsprüfer* também responda pelo seu trabalho para com terceiros, porque com a contratação do *Wirtschaftsprüfer* está a fazer-se apelo à confiança especial de que ele goza.<sup>59</sup> Não é necessário que o *Wirtschaftsprüfer* tenha conhecimento de que a sociedade fiscalizada possa utilizar o trabalho dele perante terceiros, mas bastando que ele pudesse ter conhecimento disso.<sup>60</sup>

No caso da revisão legal de contas, porém, é necessário, segundo o BGH, ter em conta a avaliação do § 323 do HGB, que manifesta que o risco da responsabilidade do *Abschlussprüfer* para com terceiros deve ser limitado. Por conseguinte, não pode existir uma responsabilidade para com quaisquer terceiros, isto é, para com uma multiplicidade desconhecida de credores sociais, accionistas, potenciais accionistas ou outros terceiros. Uma responsabilidade para com terceiros pode concretizar-se apenas se as partes contratantes concordarem que a revisão legal de contas seja efectuada também no interesse de um terceiro definido previamente e se a revisão legal de contas for a base de decisão para este terceiro. Não é, por isso, suficiente que o resultado da revisão legal de contas implique um interesse para todos os accionistas ou para quaisquer terceiros e que estes tomem decisões com a base na revisão legal de contas. Caso contrário, o *Abschlussprüfer* devia ter que ponderar cada caso concreto em que terceiros possivelmente entrariam em contacto com o resultado do seu trabalho, o que conduziria a uma responsabilidade ilimitada, que estaria em contradição com a intenção do legislador alemão no § 323 do HGB, onde ele limitou a responsabilidade do *Abschlussprüfer* para com terceiros a certos casos aí mencionados.<sup>61</sup> Acresce que o *Abschlussprüfer*, via de regra, não quer incluir terceiros no âmbito de protecção do contrato com a sociedade fiscalizada. O *Abschlussprüfer* não vai querer correr um risco mais elevado de ser responsabilizado.<sup>62</sup> Resumindo, pode dizer-se que a suprema jurisprudência alemã ainda não reconheceu uma responsabilidade ilimitada do

<sup>59</sup> BUDE/HENSE, nota 42 supra, § 323 anotação 193 - 195..

<sup>60</sup> Vide Johannes M. MUTH, Haftung des Abschlussprüfers, Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, LG Passau, EWIR 1999, pp. 365, 366.

<sup>61</sup> OLG Düsseldorf, NZG 1999, 901, 903. Vide também supra os expostos quanto ao § 323 do HGB.

<sup>62</sup> OLG Düsseldorf, NZG 1999, 901, 903.

*Abschlussprüfer* para com terceiros com base na figura do contrato com eficácia de proteção para terceiros.<sup>63</sup>

c) § 280, n.º 1, do BGB em conexão com o § 311, n.º 3, do BGB

De acordo com o § 311, n.º 3, do BGB, uma relação obrigacional (*Schuldverhältnis*) pode verificar-se também entre pessoas que não sejam partes contratantes, nomeadamente no caso de o terceiro induzir uma confiança especial em algum dos contraentes e assim influenciar materialmente a negociação e a celebração do contrato. Se numa tal situação se verificar a violação de um ou vários deveres, que resultam desta relação obrigacional, a pessoa que originou um dano vai ter que indemnizar o lesado conforme o § 280, n.º 1, do BGB.

O § 311, n.º 3, do BGB foi introduzido com a reforma do direito das obrigações na Alemanha. A intenção foi codificar o instituto jurídico da *culpa in contrahendo*.<sup>64</sup> Quanto à responsabilidade civil do *Abschlussprüfer* a reforma não trouxe alterações. A decisão do legislador

---

<sup>63</sup> Esta é a posição prevalente na literatura e na jurisprudência alemã, vide EBKE em MüKo, § 323 anotação 113 e ss. com outras referências; Christoph FEDDERSEN, Die Dritthaftung des Wirtschaftsprüfers nach § 323 HGB – Zugleich Anmerkung zum Urteil des LG Hamburg vom 22.6.1998 – , WM 1999, pp. 105 e ss.; BGH JZ 1998, pp. 1013, 1014; OLG Celle NZG 2000, pp. 613, 615; OLG Düsseldorf, NZG 1999, pp. 901, 903. Outros autores defendem que o § 323 do HGB não limita a responsabilidade do Abschlussprüfer perante terceiros, vide quanto a esta opinião minoritária Otto/Mittag, Die Haftung des Jahresabschlussprüfers gegenüber Kreditinstituten, WM 1996, 325, 331, 332; Karl Peter ESSER, Die zivilrechtliche Haftung des Wirtschaftsprüfers gegenüber Dritten aus dem Bestätigungsvermerk nach dem Aktiengesetz und nach dem Entwurf eines Gesetzes über den Vertrieb von Anteilen an Vermögensanlagen, Münster 1981, pp. 33-39; HEPPE, Nach dem Vertrauensverlust – Ist es an der Zeit, die Dritthaftung deutscher Abschlussprüfer zu verschärfen? – Teil II – WM 2003, pp. 753, 757; Heribert HIRTE, Berufshaftung, München 1996, pp. 61, 62, p. 61, 62; Volker LAND, Wirtschaftsprüferhaftung gegenüber Dritten in Deutschland, England und Frankreich, Frankfurt am Main 1996, pp. 81 e 202; Michael STAHL, Zur Dritthaftung von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen, Frankfurt am Main 1989, pp. 199-201.

<sup>64</sup> HEINRICH, em Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 64.ª edição, München 2005, § 311 margem 11.

alemão no § 323 do BGB de limitar a responsabilidade do *Abschlussprüfer* perante terceiros, deve ser respeitada também no âmbito de uma responsabilidade segundo o § 280, n.º 1, em conexão com o § 311, n.º 3, do BGB.

#### 4. A responsabilidade extracontratual

Aplicam-se, sem limitações, a par do § 323 do HGB, as regras da responsabilidade delitual. Tem que se ter em conta antes de tudo os §§ 823, n.º 2, 826 e 831 do BGB. O § 823, n.º 1, do BGB não gera responsabilidade do revisor, pois, tal como o art. 483.º, n.º 1, 1.ª parte, do CC português, não permite o ressarcimento dos danos puramente patrimoniais.

##### a) § 823, n.º 2, do BGB

O § 823, n.º 2, do BGB é a norma equivalente ao art. 483.º, n.º 1, 2.ª parte, do CC. Importa, por isso, descobrir uma norma que proteja os interesses dos terceiros. Normas que protegem os interesses dos terceiros não são as normas profissionais especiais, isto é, as normas da *Wirtschaftsprüferordnung* e da *Berufssatzung*. Estes códigos só contêm regras destinadas a tutelar interesses comuns a uma boa realização do trabalho do *Abschlussprüfer*. Eles produzem também efeitos a favor dos terceiros, porque asseguram que o trabalho do *Abschlussprüfer* seja fiável e que os terceiros possam confiar no trabalho dele. Mas estes efeitos não são o objectivo destas normas, mas apenas uma das consequências delas.<sup>65</sup> Por isso, é opinião geral na Alemanha que os terceiros só podem deduzir uma pretensão contra o *Abschlussprüfer* nos casos em que o revisor viole normas penais, como por exemplo §§ 263 (fraude), 266 (infidelidade), 267 (falsificação de documentos) StGB.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> ZIMMER em ULMER, nota 40 supra, § 323 margem 58; vide também as exposições acima quanto ao direito português.

<sup>66</sup> BUDDE/HENSE, nota 42 supra, § 323 margem 175 com outras referências; EBKE em MüKo, nota 27 supra, § 323 margem 78 com outras referências.

*b) § 826 do BGB*

De grande relevância nos casos da responsabilidade do *Abschlussprüfer* para com terceiros é o § 826 do BGB, que consagra a responsabilidade pelos danos causados por quem actuar contra os bons costumes.

Os tribunais alemães mitigaram as exigências do § 826 do BGB. O BGH reconheceu que existe violação dos bons costumes no âmbito da emissão de uma certificação legal de contas sempre que o revisor actue com uma negligência de tal modo grave que possa ser equiparada a falta de escrúpulos.<sup>67</sup> Podem também ser subsumidos ao § 826 do BGB os casos em que o revisor ignore conscientemente dúvidas que surgiram durante o seu trabalho e assim omita a realização de um exame necessário.<sup>68</sup> Há ainda, segundo o BGH, violação dos bons costumes naquelas outras hipóteses em que o *Abschlussprüfer* aceita os resultados de alheios sem os conferir e sem que posteriormente realize uma certificação certa ou correcta.<sup>69</sup>

Além disso o § 826 do BGB exige ainda que o *Abschlussprüfer* aja com dolo sendo bastante *dolus eventualis*. O BGH permite que se deduzam da manifesta violação dos bons costumes indícios que sustentem o dolo do autor do dano.<sup>70</sup> Assim, a verificação de uma grave negligência de um revisor pode, por si só, conduzir à responsabilidade do *Abschlussprüfer*.<sup>71</sup>

**D. Conclusões da comparação entre a lei portuguesa e a lei alemã**

Enquanto a lei portuguesa prevê uma responsabilidade praticamente ilimitada, segundo a lei alemã o ROC<sup>72</sup> responde só em termos

<sup>67</sup> BGH, AG 2001, pp. 129,133 com outras referências.

<sup>68</sup> OLG Köln, AG 1992, pp. 89, 90; OLG Düsseldorf, BB 1996, pp. 2614, 2616.

<sup>69</sup> BGH, NJW 1973, pp. 321, 322; OLG Karlsruhe, WM 1985, pp. 940, 942.

<sup>70</sup> ADLER/DÜRING/SCHMALTZ, nota 2 supra, § 323, anotação 193; ZUGEHÖR, nota 52 supra, p. 1608.

<sup>71</sup> CANARIS, nota 36 supra, ZHR 163 (1999), pp. 206, 214; EBKE/SHEEL, nota 56 supra, p. 390.

<sup>72</sup> Adopta-se aqui a denominação portuguesa para os profissionais que fiscalizam as sociedades abertas, para facilitar a leitura, em vez de escrever cada vez ROC ou Abschlussprüfer.

limitados perante a sociedade e perante os terceiros. E assim torna-se imperiosa a questão: como deveria ser regulada a responsabilidade civil prevista pela lei – de forma limitada ou ilimitada? E, se se optar por uma responsabilidade limitada, pergunta-se até que extensão se deve operar tal limitação. Para responder cabalmente a estas perguntas é necessário ter em conta os objectivos da responsabilidade do ROC, pois, de outro modo, torna-se inviável qualquer proposta de regulamentação nesta matéria. Importa, igualmente, analisar os efeitos da responsabilidade civil para saber se e até que ponto ela é susceptível de alcançar os seus objectivos.

#### IV. Objectivos da responsabilidade civil do ROC

Confrontam-se, no espectro do ordenamento jurídico alemão, diferentes opiniões no que diz respeito aos objectivos da responsabilidade civil. Segundo alguns, a função da responsabilidade civil é primariamente ressarcitória, ou seja, a responsabilidade civil tem a função da compensação de danos.<sup>73</sup> Um efeito preventivo, quando muito, é considerado por estes autores num plano secundário. Outros defendem que o efeito da compensação somente descreve uma consequência, mas não um objectivo da responsabilidade civil. Por isso, o efeito preventivo da responsabilidade civil estaria em primeiro lugar.<sup>74</sup>

<sup>73</sup> MERTENS, em MüKo, nota 27 supra, vor §§ 823-853 anotação 41; Karl LARENZ, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, München 1987, § 27 I; Erwin DEUTSCH, Allgemeines Haftungsrecht, Köln 1996, anotação 17; Peter MARBURGER, Grundsatzfragen des Haftungsrechts unter dem Einfluss der gesetzlichen Regelungen zur Produzenten – und zur Umwelthaftung, AcP 192 (1992), I, pp. 30, 31.

<sup>74</sup> Harald KOCH, Die Präventions – und Steuerungswirkung des Schuld – und Wettbewerbsrechts, JZ 1999, pp. 922, 924 ss.; KÖTZ/SCHÄFER, Klagen Privater im öffentlichen Interesse, em Klagen Privater im öffentlichen Interesse, HOMBURGER/KÖTZ, Frankfurt am Main 1975, pp. 69-117, KÖTZ/SCHÄFER, Schadensverhütung durch ökonomische Anreize, Eine empirische Untersuchung, AcP 189 (1989), p. 501, 503; KÖTZ/WAGNER, Deliktsrecht, Neuwied, Krißtel 2001, margens 36, 37; OTT/SCHÄFER, Die Anreiz – und Abschreckungsfunktion im Zivilrecht, em OTT/SCHÄFER (editores), Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, Tübingen 1999, p. 138; Gerhard WAGNER, Haftung und Versicherung als Instrumente der Techniksteuerung, VersR 1999, pp. 1441, 1442; compare também Joachim ROSENGARTEN, Der Präventionsgedanke im

Seguindo a doutrina da compensação de danos chega-se, num primeiro passo, a uma responsabilidade civil do ROC ilimitada, mas não se consegue explicar através dela por que razão a responsabilidade é nuns casos limitada e noutros ilimitada, ou seja, não se consegue explicar os pressupostos da responsabilidade civil.<sup>75</sup> E porque motivo o ROC responde num caso e noutro já não se verifica qualquer responsabilidade? Também esta pergunta fica sem resposta se fizermos apelo à doutrina da compensação de danos.<sup>76</sup> Mas também a doutrina que coloca em lugar de destaque a prevenção de danos não consegue explicar logradamente quais são os efeitos preventivos que a responsabilidade civil supostamente prossegue, quer dizer, esta doutrina não dá resposta à questão de saber o que é afinal o efeito de prevenção.<sup>77</sup> Por isso importa perscrutar outros objectivos para explicar a clivagem evidenciada entre os dois casos apresentados.

Um objectivo legítimo de qualquer regulação é o aumento ou, ao menos, a manutenção do bem-estar da generalidade das pessoas. A revisão legal de contas de sociedades cotadas na bolsa contribui para alcançar este objectivo por vários meios: pela revisão legal de contas a contabilidade das sociedades é fiscalizada, o conselho geral ou o conselho fiscal são apoiados no seu desempenho e tanto o mercado financeiro como o público interessado são informados sobre o resultado da fiscalização efectuada pelo ROC. A revisão legal de contas serve assim, não só a sociedade fiscalizada, como também terceiros relacionados com esta sociedade, nomeadamente accionistas e credores sociais.<sup>78</sup>

---

deutschen Zivilrecht, Höheres Schmerzengeld, aber keine Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer punitive damages?, NJW 1996, pp. 1935-1938.

<sup>75</sup> KÖTZ/WAGNER, nota 74 supra, anotação 36, 37; KÖTZ/SCHÄFER, nota 74 acima, AcP 189 (1989), pp. 501, 502, 503; Hein KÖTZ, Ziele des Haftungsrechts, em Festschrift für Steindorff, 1990., pp. 643, 644, 645.

<sup>76</sup> Alguns defensores da doutrina de compensação reconhecem quanto às questões político-jurídicas que o objectivo da prevenção prevalece, vide MERTENS, em MüKo, nota 27 supra, vor §§ 823-853 anotação 41.

<sup>77</sup> Compare também Hans-Leo WEYERS, Unfallschäden, Frankfurt a.M. 1971, pp. 508-510; Andreas BLASCHZCOK, Gefährdungshaftung und Risikozeuweisung, München 1993, pp. 342, 343 com outras referências.

<sup>78</sup> CLAUSSEN/KORTH, em Wolfgang ZÖLLNER (editor), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 4 Rechnungslegung der Aktiengesellschaft, Köln 1991, § 316 anotação 6 com outras referências.

Além disso, ela confere à contabilidade uma maior credibilidade e fortalece a confiança no balanço anual na medida em que este passa a ser equiparado a uma certificação legal de contas ou outro relatório ou parecer equivalente. Se bem que uma revisão legal de contas nem sempre aproveite a toda a comunidade, é inegável a sua contribuição para o funcionamento do mercado financeiro. Não é em vão, aliás, que se desvela uma intensificação destes mecanismos ao longo do desenvolvimento histórico tanto em Portugal como na Alemanha. Em ambos os países, infortúnios de grandes empresas induziram as autoridades responsáveis a repensar as formas de controlo existentes.<sup>79</sup> Sobretudo numa altura em que o colapso de empresas famosas atingiu dimensões ameaçadoras para a economia dos países.<sup>80</sup> As reflexões e debates sobre a reforma do controlo das sociedades acabariam, pois, nos dois países, por determinar a introdução da revisão legal de contas.<sup>81</sup> São, por isso, objectivos da imposição da responsabilidade civil do ROC o apoio às tarefas, a garantia e o aumento da qualidade do ser trabalho. Até que ponto a responsabilidade civil do ROC pode contribuir para atingir este desiderato depende unicamente dos efeitos a que ela conduza. Equaciona-se, portanto, em que medida os efeitos geralmente atribuídos à responsabilidade civil se projectam em sede de responsabilidade civil do ROC. A referida perspectiva da compensação de danos não responde à nossa dúvida, porque ela, na verdade, descreve meramente uma consequência e não um efeito no comportamento do ROC ao desempenhar as suas tarefas. O dano é suportado pelo revisor e não pelo lesado. A prevenção, porém, pode ter efeitos sobre a revisão legal de contas, que serão analisados no ponto seguinte.

#### *V. Efeitos de prevenção da responsabilidade civil do ROC*

O efeito de prevenção opera quando a ordem jurídica liga a um comportamento indesejável uma desvantagem na forma da obrigação de indemnização, dissuadindo assim geralmente um tal comportamento

---

<sup>79</sup> Vide quanto ao desenvolvimento histórico da revisão legal de contas em Portugal e na Alemanha nota 2 supra.

<sup>80</sup> ADLER/DÜRING/SCHMALZ, nota 2 supra, § 316 anotação 8 com outras referências.

<sup>81</sup> Vide nota 80 supra.

e prevenindo os danos daí resultantes.<sup>82</sup> Subjacente a isso está a ideia de que o potencial causador do dano ou desiste de uma acção perigosa ou em projectos arriscados actua com uma diligência especialmente acrescida, na exacta medida em que sabe que sobre ele impende o risco de ter de ressarcir os danos causados. Se esta ideia é consentânea com a realidade na generalidade dos casos, na hipótese especial do ROC assume-se como uma pergunta prática sobre a questão do nexo entre a causa e o resultado. Falta até hoje uma correspondente investigação prática na área da revisão legal de contas.<sup>83</sup> Por isso, só se pode especular sobre os verdadeiros efeitos preventivos da responsabilidade civil no âmbito da revisão legal de contas. Uma tal especulação pode, contudo, servir de base à consideração de que o ROC actua com a diligência adequada desde que tal comportamento comporte vantagens objectivas para ele. Não se deve, porém, olvidar que nem sempre uma pessoa actua de uma forma objectivamente vantajosa.<sup>84</sup> Assim deve incluir-se no raciocínio factores psíquicos e sociais, que possam influenciar as decisões do ROC, mesmo em contradição com o que seja objectivamente útil para ele.<sup>85</sup>

### 5. *Vantagens objectivas de prevenção de danos*

Se se comportar segundo aquilo que é objectivamente vantajoso para si, o ROC vai tentar evitar a produção de danos, desde que tal comportamento implique uma vantagem económica para si, isto é, procurará prevenir o dano sempre que seja mais dispendioso, numa análise custo-benefício, causar o dano do que evitá-lo.<sup>86</sup> Se se tratar de uma decisão consciente, podemos concluir que o ROC actua com dolo.

---

<sup>82</sup> DEUTSCH, nota 73 supra, JZ 1971, pp. 244, 246; LARENZ, nota 73 supra, § 27 I.

<sup>83</sup> Existem investigações empíricas na área do direito quanto aos acidentes, vide DEWEES/DUFF/ TREBILCOCK, *Exploring the domain of accident law, Taking the Facts Seriously*, Oxford 1996; OTT/SCHÄFER, nota 74 supra, pp. 131, 134, 135; vide também KÖTZ/SCHÄFER, nota 74 supra, AcP 189 (1989), pp. 501-525.

<sup>84</sup> WEYERS, nota 77 supra, pp. 458-462.

<sup>85</sup> WEYERS, nota 77 supra, p. 462.

<sup>86</sup> WEYERS, nota 77 supra, p. 458.



Se esta actuação dolosa causar um dano como consequência imediata surgirá uma obrigação de indemnização, tanto na lei alemã quanto na lei portuguesa. Restam por isso somente os casos em que o ROC comete um erro por mera negligência, por ser vantajoso em termos financeiros poder efectuar a revisão legal de contas em desconformidade com as exigências legais.

Existe um estímulo financeiro para poupar recursos materiais e humanos ao efectuar a revisão legal de contas para assim conseguir o maior lucro possível com os honorários pagos pela sociedade fiscalizada. A responsabilidade civil devia reagir contra esta motivação, tornando mais vantajoso para o ROC a prevenção do dano em detrimento da poupança de recursos em contradição com a lei. Se houver uma responsabilidade praticamente ilimitada, como se encontra em Portugal, o lucro por uma revisão negligente rapidamente vai ser consumido pelas indemnizações pagas pelo ROC. Para esse efeito, é necessário, porém, que o ROC realmente corra o risco de ser responsabilizado.<sup>87</sup> Isto por sua vez pressupõe que a responsabilidade do ROC não seja, na prática, improvável e que o efeito dissuasor não seja compensado pelo seguro profissional.<sup>88</sup> A probabilidade de ser responsabilizado depende dos pressupostos materiais e processuais.<sup>89</sup> Os pressupostos processuais estão fora do âmbito deste trabalho.<sup>90</sup> Quanto aos pressupostos materiais, uma responsabilidade praticamente ilimitada, como se verifica em Portugal, tem como consequência uma maior probabilidade de responsabilidade do ROC. Mas tanto em Portugal quanto na Alemanha existem seguros profissionais obrigatórios, que pagam os danos do ROC até ao montante de cobertura. Desvantagens económicas ameaçam o ROC por isso apenas se os danos ocorridos excederem o montante de cobertura.<sup>91</sup>

Mesmo que um certo comportamento lhe seja favorável, apesar de eventualmente importar o risco de violar disposições legais ou profissionais, o ROC vai ter que considerar também que a sua reputação

---

<sup>87</sup> Vide também EBKE, *Wirtschaftsprüfung und Dritthaftung*, pp. 279, 280.

<sup>88</sup> Vide HIRTE, nota 63 supra, p. 321, 322.

<sup>89</sup> WAGNER, nota 74 supra, *VersR* 1999, p. 1441, 1447.

<sup>90</sup> Vide nota 11 supra.

<sup>91</sup> Vide EBKE, nota 87 supra, p. 280.

pode ser atingida com um processo civil de indemnização. É possível que o ROC em consequência disso passe a ter menos mandatos, sofrendo assim de perdas financeiras.<sup>92</sup>

Como resultado intercalar pode concluir-se que a responsabilidade limitada, como se sucede na Alemanha, é desfavorável quanto ao efeito preventivo da responsabilidade civil, pois assim é menos provável que o ROC seja responsabilizado. Nesta medida, o risco de sofrer danos materiais bem como o risco de abalo na sua reputação são menores do que em Portugal. Acresce que, na Alemanha, a responsabilidade civil do ROC para com a sociedade fiscalizada é restringida a um certo montante, reduzindo-se ainda mais os efeitos preventivos da responsabilidade.

## 6. *Factores psíquicos*

Como se sabe, uma pessoa nem sempre se comporta segundo o que é economicamente mais útil para ela. Antes de uma tomada séria de posição a favor de uma responsabilidade ilimitada, dever-se-á, pois, sindicatizar os factores psíquicos e sociais susceptíveis de influenciar as decisões do ROC.<sup>93</sup> Importa, por isso, questionar se o ROC, em virtude das suas capacidades pessoais, consegue obter reais e objectivas vantagens com a prevenção dos danos.<sup>94</sup> Para ponderar as vantagens e as desvantagens, é necessário que o ROC conheça todas as circunstâncias relevantes e disponha do tempo razoável para compreender as consequências da sua decisão. Só assim o ROC tem a possibilidade de alterar o seu comportamento, isto é, o efeito de prevenção não pode produzir qualquer resultado se o causador do dano na situação concreta não prefigurar ou não puder prefigurar eventuais perigos.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> No caso da empresa alemã "FLOW TEX" a sociedade de revisores que a fiscalizava pagou voluntariamente acerca de 50 milhões de Euros, sem reconhecer uma obrigação de pagar, mas para evitar declarações negativas na imprensa; vide *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 17 de maio de 2001, n.º 114, p. 32.

<sup>93</sup> WEYERS, nota 77 *supra*, pp. 462, 463.

<sup>94</sup> Compare Thomas DREIER, *Kompensation und Prävention*, Tübingen 2002, p. 128.

<sup>95</sup> Compare WEYERS, nota 77 *supra*, p. 467.

Atendendo ao alto nível de formação e educação do ROC, pode-se presumir que este estará em condições de prognosticar as consequências legais e económicas do seu comportamento. Mas isto nem sempre se verifica no caso da revisão legal de contas. Não existem padrões legais definidos e exactos para todas as situações de uma revisão legal de contas nem isso é viável, porque não existe um método e uma técnica universal para todos os casos de uma revisão legal de contas.<sup>96</sup> Dada a complexidade das funções do ROC, as suas decisões podem vir a ser consideradas posteriormente erradas por um juiz. Mesmo que o ROC cumpra as directrizes e recomendações técnicas, o tribunal pode chegar à conclusão de que aquele cometeu um erro e que é responsável pelos danos daí emergentes. Não foi sem razão que tanto em Portugal quanto na Alemanha o legislador não emitiu padrões legais pormenorizados a respeito da revisão legal de contas. Por isso, saber, em cada caso concreto, se o comportamento do ROC está em conformidade com a lei deve ser determinado mediante um processo de interpretação, a cargo dos Tribunais. Por isso o ROC não pode adequar o seu comportamento ao nível de diligência que o tribunal só posteriormente irá fixar. Sendo assim a responsabilidade civil não pode mostrar efeitos de prevenção nestes casos.

### *7. Influência dos potenciais lesados*

Até agora só falámos sobre os potenciais efeitos da responsabilidade civil do ROC, mas também a sociedade fiscalizada e os terceiros podem contribuir para a prevenção dos danos.<sup>97</sup> Se o ROC suportar todos os danos, a sociedade fiscalizada e os terceiros talvez deixem de tomar medidas para se protegerem, facto que também pode não ser desejável no âmbito de um sistema de responsabilidade civil que pretenda acima de tudo evitar danos. Tanto a sociedade fiscalizada quanto os terceiros podem mandar efectuar revisões próprias ou podem por

---

<sup>96</sup> “auditing is an art, not a science”, EBKE em MüKo, nota 27 supra, § 323 anotação 139 com outras referências.

<sup>97</sup> Compare Andreas BLASCHCZOK, *Gefährdungshaftung und Risikozeuweisung*, München 1993, pp. 291 ss.

meio das chamadas “privity letters” pedir ao ROC uma declaração de que num certo caso eles, nas suas decisões económicas, vão confiar no trabalho dele.<sup>98</sup> Em regra, não será difícil para eles levarem a cabo uma destas medidas, visto que na maioria dos casos não se trata de uma pessoa simples, mas de participantes do mercado, que dominam os assuntos económicos. Se, todavia, uma ou várias pessoas singulares forem prejudicadas, não deverá ser o regime da responsabilidade civil, mas as leis do processo a tutelarem tais situações. Porém, a responsabilidade ilimitada não tem como efeito a inibição por parte dos potenciais lesados da adopção de medidas para se protegerem. Basta pensar que há controvérsias jurídicas dentro e fora dos tribunais, que os potenciais lesados vão querer evitar. Além disso, nem sempre será fácil aos lesados provar um comportamento negligente do ROC. Assim, uma responsabilidade ilimitada como em Portugal pode diminuir a motivação de auto-protecção, mas não vai eliminá-la.

### 8. *Efeitos de dispersão de danos*

Para além dos previsíveis efeitos no comportamento do lesante e do lesado, a responsabilidade civil, quando combinada com o seguro profissional, tem como consequência uma dispersão dos danos. Os custos de um dano causado por um ROC são distribuídos pelos demais profissionais que tenham um seguro profissional mediante o prémio de seguro.<sup>99</sup> Os ROC, por sua vez, vão transferir estes custos do prémio de seguro às sociedades que vão fiscalizar.<sup>100</sup> Os últimos vão tentar repercutir estes custos da revisão legal de contas para os seus clientes.<sup>101</sup>

<sup>98</sup> EBKE em MüKo, nota 27 supra, § 323 anotação 140; BGH NJW 1973, pp. 321, 323; Reiner QUICK, Die Haftung des handelsrechtlichen Abschlussprüfers, BB 1992, pp. 1675, 1683, 1684.

<sup>99</sup> Bernhard GROSSFELD, Anmerkung zum Urteil des OLG Celle vom 5.1.2000, NZG 2000, 615, 616; compare HIRTE, nota 63 supra, p. 314.

<sup>100</sup> Vide quanto a isto Ulf POHL, Schadensverlauf und Ursachenanalyse in der Berufshaftpflichtversicherung, WPK-Mitt. 2001, 94-100; Daniel MESSMER, Wirtschaftsprüferhaftung und KonTraG: Fluch oder Segen für den Berufshaftpflichtversicherer, VW 1998, pp. 1113, 1114.

<sup>101</sup> Caroline GEUER, Das Management des Haftungsrisikos der Wirtschaftsprüfer, Düsseldorf 1994, p. 272.

Note-se, porém, que este mecanismo de repercussão dos custos só pode operar na medida em que o mercado, em que cada um deles actue, permita um aumento dos preços.<sup>102</sup> No que tange aos ROC, é muito provável que prémios altos de seguro conduzam a preços mais elevados de revisão legal de contas, dado todos eles estarem sujeitos a elevados prémios de seguros. Já no que concerne a saber se a sociedade a fiscalizar consegue operar a referida transferência ou não, não podemos dar uma resposta geral e abstracta, visto que os mercados em que se inserem revestem-se de particularidades muito próprias. De qualquer forma, os custos dos danos vão ser pagos pelos ROC e pelas sociedades a fiscalizar. Pode mesmo chegar-se ao ponto em que seja a economia nacional e os consumidores a suportar indirectamente os custos dos danos.<sup>103</sup>

Assim sendo, interrogamo-nos: como distribuir de forma justa os custos dos danos. À primeira vista, parece justo que o lesante suporte os custos do dano que causou, afastando-se tal peso do inocente lesado.<sup>104</sup> Mas este argumento só vale se a situação patrimonial se alterar nesse sentido e se esta mudança for duradoura, o que não acontece no caso da revisão legal de contas como acabámos de observar.<sup>105</sup> Portanto, quando o seguro profissional não cubra os custos dos danos, o propósito de impor esses mesmos custos ao causador do dano será alcançado.

Existem outras teorias sobre a forma de distribuição dos custos dos danos de acordo com uma análise económica do direito.<sup>106</sup> Segundo

---

<sup>102</sup> Compare BLASCHCZOK, nota 97 supra, p. 199 ss.; GEUER, nota 101 supra, p. 279; WAGNER, nota 74 supra, VersR 1999, 1441, 1447.

<sup>103</sup> MERTENS em MüKo, nota 27 supra, vor §§ 823-853 anotações 46 ss.; KÖTZ em FS Steindorff, nota 75 supra, pp. 643, 658-666; Christian von BAR, Das "Trennungsprinzip" und die Geschichte des Wandels der Haftpflichtversicherung, AcP 181 (1981), pp. 289, 312, 313.

<sup>104</sup> WEYERS, Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags – (standes –) und Haftungsrecht einzuführen?, Gutachten A für den 52. Deutschen Juristentag (52. DJT), 1978, p. 80.

<sup>105</sup> EBKE, nota 87 supra, p. 276; WEYERS em 52. DJT, nota 104 supra p. 81.

<sup>106</sup> Michael ADAMS, Ökonomische Analyse der Gefährdungs – und Verschuldenshaftung, Heidelberg 1985, pp. 17 ss. e 36 ss.; compare também HIRTE, nota 63 supra, pp. 317 ss. com outras referências. Geralmente contra uma análise económica do direito escreve Karl-Heinz FEZER, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, JZ 1986, 817, 823; Karl

esta análise, o objectivo do direito da responsabilidade civil deve ser o de atingir o máximo de bem-estar nacional.<sup>107</sup> O critério para uma regulamentação da responsabilidade devia ser a distribuição eficaz de recursos. Eficaz neste sentido é, segundo o critério Kaldor-Hicks, uma medida que comporte mais vantagens às pessoas, a favor das quais ela foi tomada, do que desvantagens às pessoas às custas das quais ela é realizada.<sup>108</sup> Existem vários modelos na análise económica do direito que pretendem explicar em que medida uma situação é eficaz segundo o critério Kaldor-Hicks. Não se pode entrar aqui nos pormenores destes modelos. Devido ao âmbito deste trabalho tem que se ficar com as linhas básicas, tentando chegar a uma conclusão no que diz respeito à responsabilidade civil do ROC na revisão legal de contas.

c) *Cheapest cost avoider*

Existe o modelo do *cheapest cost avoider*, segundo o qual devia suportar os custos dos danos aquele que com maior facilidade possa evitar custos desnecessários.<sup>109</sup> Para chegar a um resultado neste modelo tem de se ter em conta os custos de todas as pessoas que, em abstracto, podem evitar os danos. No âmbito da revisão legal de contas, porém, não é possível determinar, para todos os casos, a pessoa que poderá evitar os danos com os custos mais baixos, porque as situações da revisão legal de contas são demasiado diferentes. Uma vez os custos do ROC podem ser mais elevados, outras vezes os custos da sociedade a fiscalizar podem superar aqueles.<sup>110</sup> Por isso, do modelo de *cheapest cost avoider* não se pode deduzir, com a certeza absoluta, uma regra da responsabilidade civil do ROC.

---

Heinz FEZER, Nochmals: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, JZ 1988, 223, 225, 227; contra ele OTT/SCHÄFER, Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, JZ 1988, 213-223.

<sup>107</sup> ADAMS, nota 106 supra, pp. 17 ss.

<sup>108</sup> BLASCHCZOK, nota 97 supra, p. 141 com outras referências.

<sup>109</sup> Guido CALABRESI, The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis, New Haven/London 1977, pp. 136 ss. e pp. 175 ss.; HIRTE, nota 63 supra pp. 323, 324; BLASCHCZOK, nota 97 supra, pp. 183-199 com outras referências.

<sup>110</sup> Compare ADLER/DÜRING/SCHMALITZ, nota 2 supra, § 318 anotação 227.

d) *Superior risk bearer*

Segundo o modelo do *superior risk bearer*, os custos de um dano devem recair sobre a pessoa que possa com a maior facilidade suportá-los, bem como aos custos de evitar a produção dos mesmos. Em princípio, uma grande unidade económica pode mais facilmente ser onerada com os custos do que uma mais pequena.<sup>111</sup> Como acabamos de ver o ROC pode, através da seguradora, distribuir os custos dos danos entre os demais ROC. Mas também tem que se dizer que os terceiros lesados podem ser um grupo grande capaz de suportar os custos dos danos com mais facilidade do que os ROC, um só ROC ou uma só sociedade de revisores. Especialmente no caso da revisão legal de contas de uma sociedade aberta com acções cotadas na bolsa os accionistas e os credores sociais lesados por um acto de um ROC podem ser muitos. Os custos do dano, que cada um deles sofre, vão ser muito menores do que os custos que o ROC tenha se tiver de cobrar todos os custos deles. Então também não se pode chegar à conclusão que o ROC ou uma outra pessoa seja o *superior risk bearer* com a certeza necessária para criar uma lei.<sup>112</sup>

e) *Argumento de deep-pocket*

Com o argumento do *deep-pocket* pretende-se que a responsabilidade recaia sobre aquele que tem maior capacidade patrimonial, dado que para ele é muito mais fácil suportar os custos dos danos.<sup>113</sup> Adiante-se que esta teoria sofreu um forte ataque crítico, designadamente

---

<sup>111</sup> WEYERS, nota 77 supra, p. 517.

<sup>112</sup> Caso as possibilidades de distribuir os custos de danos sejam iguais, é melhor segundo o modelo de *superior risk bearer* que o lesado fique com os seus danos, porque a transferência dos custos para o autor do dano provoca mais custos, compare WEYERS, nota 77 supra, p. 521.

<sup>113</sup> Vide WEYERS, nota 77 supra, pp. 526 ss. com outras referências; HIRTE, nota 63 supra, pp. 324, 325 com outras referências. Vide também MERTENS em MÜKO, nota 27 supra, Vor §§ 823-853 anotação 49; Werner EBKE, In search of Alternatives: Comparative Reflections on Corporate Governance and the Independent Auditor's Responsibilities, Nw.U.L.Rev. 79 (1984), pp. 663, 681 ss.

da parte dos autores que consideravam que ela era inconstitucional.<sup>114</sup> Sem entrar nesta discussão, pode-se dizer apenas que o argumento de *deep-pocket* também não resolve o nosso problema da regulamentação justa da responsabilidade civil do ROC. Dependendo de quem seja o cliente do ROC, assim será este ou aquele o titular do maior património. Ficamos portanto aqui de novo com uma elevada incerteza que se mostra inaceitável para uma previsão legal.<sup>115</sup>

### 9. Distribuição justa de riscos

Além de não nos conduzir a uma resposta inequívoca, o simples recurso aos princípios económicos não ser decisiva, porque não pode erigir-se em único fundamento da responsabilidade civil a ideia de benefício para um maior número de pessoas. Deve-se considerar também o interesse nacional numa revisão legal de contas apta a desempenhar o seu papel a favor de todos. Este interesse pode ser afectado pela possibilidade de o ROC se refugiar num seguro, na medida em que isso possa contender com a prestação de serviços de alta qualidade.

Digna de registo a propósito da responsabilidade civil do ROC na revisão legal de contas é a possibilidade de ocorrerem avultados danos com base num acto meramente negligente.<sup>116</sup> Só até ao montante de cobertura o ROC está segurado contra estes danos. Se ocorrer um dano muito superior ao montante de cobertura, o ROC pode até perder o seu escritório.<sup>117</sup> Por outro lado, nem sempre será possível ao ROC acordar

---

<sup>114</sup> Vide quanto a isso Ingo KOLLER, *Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen*, München 1979, p. 90.

<sup>115</sup> Vide também HIRTE, nota 63 supra, p. 322: as diferenças enormes na avaliação e as diferenças num prognóstico, se um certo comportamento conduzir a um dano, não permitem em muitos casos deduzir da economic analysis conclusões concretas para a correcta modulação do direito da responsabilidade civil nos caso concretos.

<sup>116</sup> Vide Werner EBKE, *Haftung des Pflichtprüfers aufgrund der Rechtsfigur des Prüfungsvertrages mit Schutzwirkung für Dritte weiterhin höchstrichterlich unentschieden*, WPK-Mitt. 1997, p. 196, 200.

<sup>117</sup> Aconteceu até nos Estados Unidos que uma das grandes empresas de auditoria faliu por causa da revisão legal de contas de uma empresa só, vide caso da ENRON – Arthur Andersen, que pode ser, entre outros, consultado através de <http://news.bbc.co.uk/1/hi/business/2047122.stm> e de <http://www.accountancyage.com/news/1130537>.



com a seguradora uma cobertura da responsabilidade civil superior à actualmente em vigor. Quanto mais elevado for o montante de cobertura, mais elevados serão também os prémios de seguro. Uma responsabilidade ilimitada pode por isso resvalar na impossibilidade de contratação com uma seguradora. Na verdade, à medida que vai havendo mais casos de responsabilidade civil, os casos e os custos de danos vão ser ainda menos previsíveis, deixando assim o negócio de ser lucrativo para a seguradora. Na Alemanha, as seguradoras no campo de seguro profissional dos ROC já se queixam das dificuldades sentidas com o seguro dos ROC, apesar de vigorar na Alemanha um regime de responsabilidade mais limitado do que em Portugal.<sup>118</sup> Com uma responsabilidade ilimitada, esta situação tende a piorar até ao ponto em que deixará de ser vantajoso para os ROC executar a revisão legal de contas.<sup>119</sup> Para mais, uma responsabilidade ilimitada, conducente a um crescimento exponencial dos casos de responsabilidade civil do ROC, pode também prejudicar o prestígio destes, acarretando colateralmente mais danos patrimoniais. Por outro lado, se a maioria dos ROC, por causa dos custos, rejeitar a revisão das contas anuais, deixa de ser assegurada uma revisão legal de contas da alta qualidade. Além disso seria mais difícil para os ROC a título individual e para as sociedades de revisores de pequena e média dimensão sobreviver no mercado de revisão legal de contas, porque só para as grandes sociedades de revisores será possível cobrar os elevados preços a que o mercado será forçosamente conduzido se se verificar um maior número de casos de responsabilidade civil e se se garantir a cobertura de danos mais elevados. O objectivo que se pretende atingir com o efeito de prevenção pode, desta maneira, ter um efeito perverso e contrário ao seu escopo inicial. Acaba-se por criar uma situação pior quando o objectivo era manter ou até melhorar a qualidade do trabalho dos ROC.<sup>120</sup>

<sup>118</sup> Vide POHL, nota 100 supra, WPK-Mitt. 2001, pp. 94, 96.

<sup>119</sup> Segundo LÜCK/HOLZER, *Die Krise des wirtschaftsprüfenden Berufsstandes in den USA*, DB 1993, pp. 273, 241, nos Estados Unidos já agora muitas empresas pequenas de auditoria se retiram da revisão legal de contas e também já tem problemas de recrutar novos colaboradores.

<sup>120</sup> Assim também EBKE/SHEEL, nota 56 supra, WM 1991, pp. 389, 397; Richard H. MURRAY em *Responsibilities and Liabilities of Accountants and Auditors*, Proceedings of a Forum, United Nations (editor), Nova York, Geneva 1996, *The Commercial Causes and Consequences of Auditor's Liabilities*, 1996, pp. 1, 6.

Na distribuição justa dos riscos deve-se também pensar nos interesses daqueles que confiam no trabalho do ROC e baseiam nele as suas decisões económicas. É necessário erigir um sistema de responsabilidade civil para proteger estes interesses. Mas a ponderação de tais interesses, por si só, não nos dá solução para o problema de saber como regular a responsabilidade civil.<sup>121</sup> Outros defendem, por isso, que nos honorários dos ROC esteja integrado um prémio de confiança, ou seja, os ROC ganhariam mais do que o serviço deles efectivamente vale por causa da confiança que é investida no seu trabalho.<sup>122</sup> Mas não vejo fundamento para uma tal asserção. O que é pago mediante o honorário dos ROC é, entre outras coisas, a qualificação que obtiveram durante a sua formação. Não faz parte de nenhum contrato entre um ROC e uma sociedade a fiscalizar um prémio ou um “extra honorário” pelo facto de alguém, além da sociedade a fiscalizar, investir confiança no trabalho do ROC.

Outros invocam em favor de uma responsabilidade civil ilimitada do ROC que uma limitação poderia danificar a reputação da profissão do ROC.<sup>123</sup> Ainda outros opõem-se a isto dizendo que uma responsabilidade ilimitada pode dar a impressão enganosa de uma garantia prestada pelos ROC.<sup>124</sup> Pelos vistos ainda não existem investigações

---

<sup>121</sup> Werner EBKE, Abschlussprüferhaftung im internationalen Vergleich, em *Festschrift für Trinkner*, Heidelberg 1995, pp. 493, 508; Jens POLL, Die Haftung der Freien Berufe – Aspekte der Berufshaftung von Wirtschaftsprüfern und verwandten Professionen, *WPK-Mitt.* 2000, 142, 145.

<sup>122</sup> Assim LENZ/OSTROWSKI, Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich durch die Institution Abschlussprüfung, *BB* 1997, 1523, 1528; assim também CARNEIRO DA FRADA, nota 31 supra, pp. 76, 77.

<sup>123</sup> Arno LANG, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Dritthaftung der Wirtschaftsprüfer und anderer Sachverständiger, *WM* 1988, pp. 1001, 1006; Martin HENSSLER, Die Haftung der Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer, *AnwBl* 1996, pp. 3, 4; Klaus HOPT, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers – Rechtsprobleme zu § 323 HGB (§ 168 AktG a.F.) und zur Prospekt – und Auskunftshaftung (Teil 2), *WPg* 1986, pp. 499, 505, 506; vide também BLASCHCZOK, nota 97 supra, p. 325, que defende que uma responsabilidade civil ilimitada aumenta a confiança investida facilitando assim a celebração de novos contratos.

<sup>124</sup> Werner EBKE, Zum Ausschluss der Dritthaftung im Rahmen des Entwurfs eines Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), *WPK-Mitt.* 1997, p. 108; compare também MERTENS, em *MüKo*, nota 27 supra, Vor §§ 823-853 anotação 58.

comprovando um nexo, seja de que maneira for, entre a responsabilidade civil do ROC e a confiança depositada nele. Sendo assim não se pode deduzir daí uma nova regulamentação da responsabilidade civil.

#### 10. Conclusão

Parece preferível uma responsabilidade limitada em vez de ilimitada. As vantagens quanto ao efeito preventivo que advêm de uma responsabilidade ilimitada são menores do que os riscos que envolvem uma responsabilidade ilimitada para o ROC. Deve-se chegar por isso a uma solução de equilíbrio dos interesses acima expostos, com vista a garantir a confiança dos terceiros e da sociedade a fiscalizar, sem que se ponha em risco a instituição da revisão legal de contas. Optando assim, em princípio, por uma responsabilidade limitada ainda não se sabe de que maneira e até que extensão deve operar tal limitação.

### VI. Meios de limitação de responsabilidade civil do ROC

Abordámos a questão básica de uma responsabilidade limitada ou ilimitada sem distinguir entre a responsabilidade contratual e a extra-contratual. No entanto, quando se discutem os meios de limitação de responsabilidade civil do ROC tem que se voltar à distinção entre a responsabilidade para com a sociedade fiscalizada e para com os terceiros.

#### 11. A responsabilidade para com a sociedade fiscalizada

Como a lei portuguesa não conhece uma limitação da responsabilidade civil, também não nos fornece um padrão para a limitação. O direito alemão, porém, limita a responsabilidade civil do ROC para com a sociedade fiscalizada mediante a fixação do montante máximo de indemnização. O problema com uma tal regulação é que se torna difícil fixar *a priori* o valor adequado a uma limitação justa para cada caso concreto. Um valor demasiado elevado pode ter como consequência que os ROC a título individual e as pequenas e médias sociedades de

revisores já não consigam continuar com o normal desempenho da sua actividade de revisão legal de contas.<sup>125</sup> No pólo oposto, o valor máximo pode ser demasiado baixo: no caso da revisão de uma empresa com acções cotadas na bolsa, uma indemnização de 8 milhões de Euros, como existe agora na Alemanha, já não merece ser aplicada a indemnização.

Além das dificuldades de encontrar uma importância justa para cada caso concreto, uma lei que contenha uma importância fixa pode ficar desactualizada rapidamente. A legislação, pela sua índole, nunca acompanha verdadeiramente a mutação da realidade e, em concreto, o desenvolvimento económico do país. Na Alemanha, a importância máxima sofreu várias alterações: Em 1931 a importância era de 100.000 Reichsmark,<sup>126</sup> que só foi substituída em 1965 por 500.000 DM.<sup>127</sup> Vinte anos depois havia mais uma grande reforma da lei, que deixou sem alteração a importância máxima.<sup>128</sup> Passaram mais 13 anos até a importância máxima ser mudada, em 1998, para 4 milhões de Euros.<sup>129</sup> Quatro anos mais tarde ocorreria a última alteração, fixando-se o valor nos actuais 8 milhões de Euros.

Na busca de soluções para a restrição da responsabilidade civil do ROC deve-se recorrer ao grau de negligência. Uma responsabilidade com fundamento em qualquer negligência é demasiado ampla, como acabamos de ver acima. Fundamento da responsabilidade civil deveria ser apenas a negligência grave ou dolo. Segundo a jurisprudência alemã, a negligência grave define-se como um comportamento que viole extraordinariamente a diligência necessária, ou seja, passou despercebido o que no caso concreto devia ter parecido evidente a qualquer sujeito.<sup>130</sup>

---

<sup>125</sup> Já o aumento da importância máxima na Alemanha de 2 a 4 milhões de Euros provocou o receio que só as grandes empresas de auditoria pudessem cobrar este valor, vide EBKE, em MüKo, nota 27 supra, § 323 margem 8 com outras referências.

<sup>126</sup> Vide Peter SCHLECHTRIEM, *Summenmäßige Haftungsbeschränkungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, BB 1984, pp. 1177, 1182.

<sup>127</sup> BGBI. 1965, I, pp. 1089, 1132.

<sup>128</sup> BGBI. 1985, I, pp. 2355, 2383.

<sup>129</sup> BGBI. 1998, I, pp. 786, 791.

<sup>130</sup> Vide HANAU, em *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-342), München 1994, § 277 anotação 2 e ss.; HEINRICH, em Palandt, nota 64 supra, § 277 anotação 5.

Pode-se exigir de qualquer ROC que ele repare em tudo o que seja evidente e considere tudo o que seja óbvio, mesmo quando não haja regras vinculativas. Também aí se estabelecem as condições favoráveis à operatividade do efeito preventivo da responsabilidade civil, como foi exposto acima, porque ao ROC torna-se mais fácil evitar danos e ao mesmo tempo é mais vantajoso para ele, uma vez que já não há uma importância máxima que limite a sua responsabilidade. Também não existe o perigo de o ROC enveredar por uma situação de laxismo, na medida em que sabe que só responde no caso de se verificar negligência grave, uma vez que *a priori* é impossível determinar qual o concreto juízo judicativo que vai ser proferido quanto ao ponto pelos Tribunais, isto é, o ROC não sabe como é que o seu comportamento vai ser valorado em juízo.

Não se ignora que daqui decorre uma outra problemática: a da delimitação entre negligência simples e grave. Mas é preferível isso à situação actualmente existente em Portugal e na Alemanha. Sobretudo, porque, assim, na Alemanha, e desta forma, os tribunais vão ter ainda mais do que agora a possibilidade de julgar em conformidade com a justiça do caso concreto.<sup>131</sup>

## 12. A responsabilidade para com terceiros

Tanto no direito alemão como no direito português, encontramos formas de limitação da responsabilidade civil do ROC. Segundo o BGH deve aplicar-se a limitação do § 323, n.º 2, do HGB também ao caso da responsabilidade civil do ROC para com terceiros.<sup>132</sup> Isto pode significar que a importância máxima deve ser aplicada ou a cada terceiro ou a todos os terceiros, quer dizer, a um caso concreto de respon-

---

<sup>131</sup> Isto não pode conduzir a que os tribunais exijam cada vez mais dos ROC, caminhando-se paulatinamente da negligência grave para a negligência simples, como pressuposto da responsabilidade civil. Este perigo vê SCHLECHTRIEM, nota 126 supra, BB 1984, pp. 1177, 1185.

<sup>132</sup> Vide BGHZ JZ 1998, p. 1013 = JR 1999, pp. 67, 70 com anotação de ZIMMER/VOSBERG, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 2.4.1998, JR 1999, pp. 70, 71; vide também Matthias SCHÜPPEN, Aktuelle Fragen der Wirtschaftsprüfer-Haftung, DB 1987, pp. 1317, 1319.

sabilidade civil. No último caso é necessário, especialmente no caso de uma sociedade aberta, criar uma regulamentação de quotas, que, na maioria dos casos, não vai satisfazer os lesados, ou deixar os primeiros que accionarem receber o dinheiro, situação que redundará na prática no não ressarcimento dos últimos. Nenhuma das opções é justa, porque nenhuma delas permite uma solução materialmente adequada para todos os lesados.<sup>133</sup> Na outra hipótese, em que a importância máxima é aplicada a cada terceiro, põe-se a questão de saber qual será a importância máxima adequada para cada caso. No grupo dos terceiros, eventualmente lesados pelo acto de um ROC, incluem-se tanto accionistas com poucas acções, como investidores institucionais, credores sociais com créditos de alto valor e credores sociais com créditos de baixo valor.<sup>134</sup> Por isso, pode-se avançar como critério a ligação da importância máxima ao honorário que o ROC exige para a revisão efectuada no caso concreto.<sup>135</sup> Mas também assim se não obtém uma distribuição equitativa dos riscos. No caso de uma grande sociedade aberta, cujas acções se encontrem espalhadas por um grande número de accionistas, cada um dos accionistas pode intentar uma acção contra o ROC, ficando sempre abaixo da importância máxima, porque o dano de cada um é pequeno, embora na totalidade o dano seja elevado. Desta forma, chega-se de novo a uma situação em que se põe em questão a instituição da revisão legal de contas, como anteriormente referi.

O direito português fornece-nos igualmente uma forma de limitação da responsabilidade civil dos ROC perante terceiros. No CSC, distingue-se entre a responsabilidade civil para com credores sociais, accionistas e demais terceiros. Mas não se discerne uma justificação para tal distinção. Quanto ao contrato celebrado entre o ROC e a sociedade fiscalizada, estes terceiros encontram-se na mesma posição. O accionista não está mais perto deste contrato do que qualquer credor social e os demais terceiros. O simples facto de o accionista fazer parte da sociedade mediante a sua acção não altera a sua posição quanto ao contrato celebrado entre a sociedade e o ROC. Os accionistas também

---

<sup>133</sup> Vide por todos EBKE, em MüKo, nota 27 supra, § 323 anotação 134 com outras referências.

<sup>134</sup> EBKE, em MüKo, nota 27 supra, § 323 anotação 135, 136 com outras referências.

<sup>135</sup> Compare EBKE, nota 124 supra, WPK-Mitt. 1997, 108, 111.

não precisam sempre de uma maior protecção do que os credores sociais. Nos grupos dos accionistas e dos credores sociais encontram-se pessoas muito diferentes no que diz respeito à educação e ao poder económico. Assim um investidor institucional pode gozar de uma maior protecção do que um simples credor social. Uma regra que consagre uma tal distinção é duvidosa do ponto de vista do princípio da igualdade dos direitos.

Portanto, uma limitação adequada da responsabilidade civil do ROC para com terceiros deve passar, como no caso da responsabilidade civil para com a sociedade fiscalizada, pela delimitação do grau de negligência.<sup>136</sup> Resta saber a partir de que grau de negligência do ROC devia operar a responsabilidade civil dele. Uma responsabilidade civil restrita aos casos de dolo não respeita suficientemente a confiança depositada no trabalho do ROC pelos terceiros. Uma responsabilidade civil que se baste com a violação dos bons costumes afigura-se demasiado exigente. Se bem que, na prática, na Alemanha se tenha resolvido o problema pela afirmação de que tal violação existiria num comportamento leviano, isto não afasta completamente o pressuposto de dolo. Por isso se propõe aqui o caminho já seguido pela jurisprudência tudesca, e que passa pela limitação da responsabilidade civil do ROC aos casos de negligência grave, à semelhança do que havia sido proposto para a responsabilidade daquele perante a sociedade fiscalizada. No caso de um acto considerado gravemente negligente, não é justo que o terceiro, que confiou no acto do ROC, não tenha a possibilidade de se ressarcir pelos danos gerados pelo acto.<sup>137</sup> Além disso os terceiros sabem que o ROC não responderá no caso de mera negligência, o que os motivará a adoptar as medidas tidas por convenientes para prevenir os danos.<sup>138</sup>

---

<sup>136</sup> Assim também Werner EBKE, *Zivilrechtliche Haftung des gesetzlichen Abschlussprüfers*, WPK-Mitt. 1997, pp. 22, 24; Werner EBKE, *Keine Haftung des Pflichtprüfers für Fahrlässigkeit nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte*, BB 1997, pp. 1731, 1733; EBKE, nota 124 supra WPK.-Mitt. 1997, 108, 112; EBKE, nota 113 supra Nw.U.L.Rev. 79 (1984), pp. 663, 695; EBKE, nota 87 supra, p. 291, com mais maneiras de limitar os titulares de uma pretensão.

<sup>137</sup> Assim também Hans Erich BRANDNER, *Berufshaftung und Versicherung der Wirtschaftsprüfer*, JZ 1985, pp. 757, 761.

<sup>138</sup> Com esta conclusão também Andreas MEYER, *Aspekte einer Reform der Prospekthaftung – Eine Würdigung der Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages – Teil I –*, WM 2003, pp. 1301, 1312, 1313.

## E. Resumo

O estudo comparativo efectuado no que diz respeito à responsabilidade civil dos profissionais que fiscalizam as sociedades abertas com acções quotadas na bolsa em Portugal e na Alemanha mostrou que existem grandes diferenças legais. Enquanto em Portugal a responsabilidade civil dos ROC é praticamente ilimitada, na Alemanha, pelo contrário, a responsabilidade civil dos *Abschlussprüfer* é limitada tanto perante a sociedade fiscalizada como perante terceiros. A limitação da responsabilidade civil dos *Abschlussprüfer* para com a sociedade fiscalizada é efectuada, de acordo com a lei alemã, mediante a fixação de um quantitativo máximo. Quanto à responsabilidade civil para com terceiros, o *Abschlussprüfer* responde segundo as regras gerais do BGB, que, na aplicação ao caso da revisão legal de contas, permitem uma responsabilidade civil do *Abschlussprüfer* apenas se houver uma violação dolosa dos bons costumes.

Estas diferenças fundamentais entre a lei portuguesa e a lei alemã conduziram ao núcleo central do nosso estudo: saber se devemos admitir uma responsabilidade civil limitada ou ilimitada. Procurando uma resposta lograda para esta problemática, percebemos que se deveria ter em conta os objectivos e os efeitos da responsabilidade civil no caso da revisão legal de contas. E considerámos que, apesar de uma responsabilidade civil ilimitada acarretar provavelmente um maior efeito de prevenção, se deveria optar por uma responsabilidade civil limitada. Na verdade, a vantagem de um eventual maior efeito de prevenção no caso de uma responsabilidade ilimitada não deve ser sobrestimado em comparação com uma responsabilidade civil limitada. Além disso, uma responsabilidade civil ilimitada pode pôr em risco a execução da revisão legal de contas, porque redundará necessariamente em elevados custos dos ROC, que, como consequência, podem desistir de continuar com a revisão legal de contas, o que, por sua vez, afectará toda a economia e, assim, o interesse geral de bem-estar de toda a comunidade. A melhor maneira de limitar a responsabilidade civil do ROC tanto perante a sociedade fiscalizada, como perante os terceiros, parece passar, pois, pela restrição da responsabilidade civil do ROC aos casos em que se verifique negligência grave.





# LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA: DERECHO COMUNITARIO Y DE LOS ESTADOS MIEMBROS

LAURA GÁZQUEZ SERRANO

Prf. Titular Derecho Civil  
Dpto. Derecho Civil  
Facultad de Derecho  
Universidad de Granada

El aumento de los daños ocasionados por productos defectuosos ha puesto de manifiesto la exigencia y la necesidad de una reglamentación específica para este tipo de responsabilidad. En principio, ante la ausencia de textos legales concretos, se producía una extrapolación a esta materia de la normativa prevista para otros tipos de responsabilidad<sup>1</sup>. Pero esta extrapolación no siempre condujo a resultados satisfactorios, tanto por lo específico de la conducta que aquí se trata, como por la complejidad de aspectos jurídicos que esta clase de responsabilidad envuelve: civil, penal y mercantil, sin contar otros sectores especializados, como puede ser el régimen jurídico de la publicidad.

Por tanto, se ha ido produciendo una progresiva especialización de las leyes generales. Así, los preceptos del Código Civil han sido

---

<sup>1</sup> En concreto, se acudía principalmente al artículo 1902 del Código Civil, regulador de la responsabilidad civil. Igualmente al régimen de regulación común de los vicios ocultos, regulado en nuestro Código Civil en sus artículos 1484 y siguientes.

superados, primero por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y posteriormente por la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por Daños causados por Productos Defectuosos<sup>2</sup>. Esta materia por tanto ha pasado de ser objeto de una regulación general contenida en el Código Civil, para ser objeto de normativa más específica. Todo ello se ha traducido en un movimiento legislativo que, a escala internacional, pretende colmar la laguna existente en las diversas legislaciones, tanto en el plano internacional como en el Derecho internacional privado.

## **A) Normativa comunitaria de productos defectuosos**

### **I. Evolución de la política de la Unión Europea en materia de protección de los consumidores**

La Unión Europea no podía quedar ajena a esta evolución, y ya en los años setenta<sup>3</sup> se dieron los primeros pasos para intentar armonizar las legislaciones de los Estados miembros<sup>4</sup>. Así, podemos citar la Convención de Estrasburgo de 1977. Se trata del Convenio Europeo sobre responsabilidad por productos en caso de lesiones corporales o muerte, aprobado el 27 de enero de 1977. El citado Convenio, si bien tuvo una gran influencia en la posterior Directiva 85/374/CEE, su importancia práctica fue muy reducida no sólo porque fueron muy pocos los países que lo ratificaron, sino también por la entrada en vigor de la Directiva.

---

<sup>2</sup> Esta Ley supone la adaptación a nuestro Ordenamiento Jurídico de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio sobre responsabilidad civil por daños ocasionados por productos defectuosos.

<sup>3</sup> En el Tratado de Roma no se establecieron previsiones en materia de consumo a nivel comunitario y la primera vez que los Jefes de Estado y de Gobierno manifestaron su voluntad política en la materia fue en la Cumbre de París de 1972.

<sup>4</sup> La existencia de diversidad de reglamentaciones y de estructuras justificó que se elaborase una política a escala comunitaria, a fin de que los consumidores tuviesen la suficiente confianza para desempeñar un papel activo en el mercado único, sin dejar de disfrutar de un elevado nivel de protección.

Algo más tarde, la Comisión presentó el primer programa de acción relativo a la protección de los consumidores<sup>5</sup> (Diario Oficial n.º C 92, de 25 de abril de 1975). Este texto de referencia recoge cinco categorías de derechos fundamentales que constituirán la base de la legislación comunitaria en la materia: el derecho a la protección de la salud y la seguridad; el derecho a la protección de los intereses económicos; el derecho a la indemnización de los daños; derecho a la información y a la educación; el derecho a la representación.

Si al principio, la comunidad había legislado en materia de seguridad de los cosméticos<sup>6</sup>, etiquetado de los productos alimentarios<sup>7</sup>,

---

<sup>5</sup> Este programa entiende que los objetivos deberán de integrarse en las políticas específicas de la Comunidad, como la política económica, la política agrícola común y las políticas de medio ambiente, transportes y energía, las cuales afectan a los consumidores en mayor o menor medida.

<sup>6</sup> Primera Directiva 80/1335/CEE de la Comisión, de 22 de diciembre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los métodos de los análisis necesarios para el control de la composición de los productos cosméticos. Segunda Directiva 82/434/CEE de la Comisión de 14 de mayo de 1982, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los métodos de los análisis necesarios para el control de la composición de los productos cosméticos. Tercera Directiva 83/514/CEE de la Comisión, de 27 de septiembre de 1983, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los métodos de los análisis necesarios para el control de la composición de los productos cosméticos. Cuarta Directiva 85/490/CEE de la Comisión, de 11 de octubre de 1985, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los métodos de los análisis necesarios para el control de la composición de los productos cosméticos. Quinta Directiva 93/73/CEE de la Comisión de 9 de septiembre de 1993, relativa a los métodos de análisis necesarios para el control de la composición de los productos cosméticos. Sexta Directiva 95/32/CE, de la Comisión, de 7 de julio de 1995, relativa a los métodos de análisis necesarios para el control de la composición de los productos cosméticos. Séptima Directiva 96/445/CE, de julio de 1996, relativa a los métodos de análisis necesarios para comprobar la composición de los productos cosméticos.

<sup>7</sup> Reglamento (CE) n.º 49/2000 de la Comisión, de 10 de enero de 2000, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1139/98 del Consejo relativo a la indicación obligatoria, en el etiquetado de determinados productos alimenticios fabricados a partir de organismos modificados genéticamente, de información distinta de la prevista en la Directiva 79/112/CEE. Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo,

publicidad engañosa<sup>8</sup> o captación de clientes a domicilio<sup>9</sup>, hubo que esperar al Acta Única y la perspectiva del gran mercado para constatar un verdadero avance de la política de los consumidores<sup>10</sup>. La supresión de las fronteras y la realización del mercado único el 1 de enero de 1993 puso de relieve la existencia de un mercado de más de 340 millones de consumidores, lo que requería reglas de acompañamiento. Los nuevos programas de acción hicieron hincapié en: la representación de los consumidores<sup>11</sup>; la información de los consumidores<sup>12</sup>; la segu-

---

de 20 de marzo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios (DOL 109 de 6 de mayo).

<sup>8</sup> Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997 por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa. Directiva 84/450/CEE, del Consejo de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa.

<sup>9</sup> Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles.

<sup>10</sup> El Acta Única que entró en vigor el 1 de julio de 1987, permitió incorporar la noción de consumidor al Tratado; el artículo 100A faculta a la Comisión a proponer medidas de cara a proteger a los consumidores tomando como base un nivel de protección elevado. La política de los consumidores se enmarcó entonces en una política más general de realización del mercado interior, una perspectiva que le permitió tomar un nuevo impulso.

<sup>11</sup> Decisión 95/260/CE de la Comisión, de 13 de junio de 1995, por la que se crea un Comité de los consumidores. Este Comité estará formado por 20 miembros, nombrados por la Comisión para un periodo de 2 años, renovable una vez.

<sup>12</sup> En este aspecto es fundamental el papel de las Asociaciones de Consumidores, cuyo objetivo no sólo es defender a sus asociados y tramitar sus quejas y reclamaciones; sino, además, informar al ciudadano a través de sus publicaciones y cursos que afectan de manera especial a asuntos claves como la alimentación, la vivienda o los servicios básicos. Por otra parte, el estudio realizado por el Instituto Nacional del Consumo sobre "Las tendencias del consumo y del consumidor en el siglo XXI" destaca que la responsabilidad de la Administración va a venir determinada por una mayor exigencia de su control sobre la calidad de los productos y la información y la educación que deben de transmitir al consumidor.

ridad de los productos<sup>13</sup>; las transacciones. En este periodo se adoptaron medidas en los siguientes ámbitos: seguridad de los juguetes<sup>14</sup> y seguridad general de los productos, pagos transfronterizos<sup>15</sup>, cláusulas abusivas en los contratos<sup>16</sup>, venta a distancia<sup>17</sup> y multipropiedad<sup>18</sup>.

Esta evolución positiva vino a confirmarse con el Tratado de Maastricht, que eleva la protección de los consumidores al rango de

---

<sup>13</sup> Directiva 92/59/CEE del Consejo de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos. El objetivo de esta Directiva es establecer en el ámbito Comunitario, una prescripción general de seguridad que imponga a los productores la obligación de comercializar únicamente productos de consumo seguros. En la actualidad hay una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de junio de 2000, relativa a la seguridad general de los productos (COM 2000 139 final/2-Diario Oficial C 337/E de 28.11.2000). el 1 de enero de 2003 la Directiva propuesta deroga la Directiva 92/59/CEE relativa a la seguridad general de los productos. Además se aplicará sin perjuicio de lo establecido en la Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por productos defectuosos. En relación con la seguridad general de los productos en España, se publicó el Real Decreto 44/1996, de 19 de enero, por el que se adoptan medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor (BOE 22 de febrero de 1996).

<sup>14</sup> Directiva 88/378/CEE del Consejo, de 3 de mayo de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de la seguridad de los juguetes. Modificada por la Directiva 93/68/CEE del Consejo, de 22 de julio de 1993. El 10 de noviembre de 1999 la Comisión presentó una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 88/378/CEE del Consejo, de 3 de mayo de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de la seguridad de los juguetes (COM 1999 577 final- Diario Oficial C 56 E de 29.02.2000). El 6 de julio de 2000 el Parlamento aprobó la propuesta de la Comisión con algunas enmiendas. La Comisión ha aceptado parte de las mismas.

<sup>15</sup> Proyecto de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los pagos transfronterizos en euros (2001/c 270 E/33)Com (2001) 439 final- 2001/0174/COD presentado por la Comisión el 9 de agosto de 2001.

<sup>16</sup> Directiva 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos concluidos por los consumidores.

<sup>17</sup> Directiva 97/7 de 20 de mayo de 1997 sobre los contratos a distancia.

<sup>18</sup> Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994 relativa a la protección de los adquirentes en lo que se refiere a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido.

auténtica política comunitaria. Mientras que en sus objetivos generales se afirma que la Comunidad ha de aportar “una contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores”, el artículo 129A constituye el marco jurídico indiscutible que permite proseguir la política de los consumidores. A raíz de ello se abrían nuevas perspectivas, concretadas en varios libros verdes (servicios financieros, acceso de los consumidores a la justicia<sup>19</sup>, legislación alimentaria<sup>20</sup> y venta y garantías de los bienes de consumo<sup>21</sup>), y se daba paso a iniciativas legislativas relativas a las demandas por perjuicios, los contratos negociados a distancia<sup>22</sup>, la publicidad comparativa<sup>23</sup> y las transferencias transfronterizas<sup>24</sup>.

Posteriormente y debido a la crisis<sup>25</sup> de la encefalopatía espongiforme bovina (EEB), se ha hecho hincapié sobre todo en la salud del consumidor y en la seguridad alimentaria.

---

<sup>19</sup> El Libro Verde de 1993, de acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado único, dio como resultado una Directiva de abril de 1998 sobre “las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores” que estipula que, cuando una práctica que infrinja ciertas Directivas específicas de la UE surta efectos en un Estado miembro distinto de aquél en que se haya originado, las organizaciones de consumidores y órganos similares del primero podrán interponer acciones contra el segundo, ya sea directamente o a través de un intermediario.

<sup>20</sup> Libro Blanco sobre Seguridad Alimentaria, 12.1.2001 COM (1999) 719 final, que esboza una amplia gama de acciones para completar y modernizar la actual legislación alimentaria de la UE, hacerla más coherente, comprensible y flexible.

<sup>21</sup> Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999.

<sup>22</sup> Directiva 97/7 de 20 de mayo de 1997 sobre los contratos a distancia.

<sup>23</sup> En octubre de 1997, el Parlamento y el Consejo adoptaron la Directiva 97/55 sobre la publicidad comparativa.

<sup>24</sup> Directiva 97/5/CE del parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997, relativa a las trasferencias transfronterizas.

<sup>25</sup> A raíz de la denominada crisis de “las vacas locas”, el Parlamento Europeo ha desempeñado un papel especialmente activo al impulsar la seguridad alimentaria en el orden del día político, en un principio con la postura que adoptó en contra del uso de hormonas en la producción de carne. La investigación del Parlamento sobre la EEB, así como los informes y resoluciones derivados de ésta, aceleraron el ritmo de las modificaciones y provocaron el refuerzo de las medidas sobre consumo en el tratado de Ámsterdam.

El Tratado de Ámsterdam da un nuevo impulso a la política de los consumidores, concediéndole por derecho propio una importancia superior a la que se le había reconocido anteriormente. El actual artículo 153 (Antiguo 129A) constituye el fundamento jurídico de una serie completa y diversa de acciones a escala europea<sup>26</sup>. Asimismo exige una mayor integración de los intereses del consumidor en otras políticas de la Unión Europea.

Un último paso en esta evolución es el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea (2.10.2001), cuyo objeto es llevar a cabo una amplia consulta pública sobre la futura orientación de la protección de los consumidores en la Unión Europea, que propone introducir un sistema de regulación que alcance el nivel más alto posible de protección del consumidor; que sea lo más sencillo posible para responder rápidamente al mercado y que proporcione una seguridad jurídica y garantice su aplicación eficaz y real, especialmente en los litigios transfronterizos.

## **II. Normativa en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.**

### **a) *Directiva 85/374/CEE***

La Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985<sup>27</sup>, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, constituye la normativa esencial de protección de los consumidores; tiene como objeto garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores contra los daños causados a su salud y a sus bienes por un producto defectuoso

---

<sup>26</sup> Estipula que "la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses".

<sup>27</sup> Modificada por la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999.



y reducir al mismo tiempo las divergencias de las legislaciones nacionales en materia de responsabilidad<sup>28</sup> que distorsionan la competencia y coartan la libre circulación de los productos<sup>29</sup>.

Desde 1985 y a raíz de la publicación de la Directiva, todo productor tiene la obligación de reparar los daños causados a la salud, la seguridad y los bienes de los ciudadanos por un producto defectuoso. Esta Directiva aspira por tanto a proteger a las víctimas y promover la mejora de la seguridad de los productos<sup>30</sup> dentro del mercado interior, gracias un marco normativo lo más coherente posible, en la que todos los intereses en juego son tomados en consideración.

Este marco jurídico establecido en la Directiva se basa en los siguientes elementos: la responsabilidad objetiva del productor a favor de la víctima; la carga de la prueba que se impone a la víctima en relación con el daño, el defecto y el nexo causal entre los dos; la responsabilidad solidaria de todos los operadores de la cadena de pro-

---

<sup>28</sup> En Dinamarca, Italia y Países Bajos, hay un régimen de responsabilidad basado en la culpa del fabricante habiéndose de ser probada por la víctima; en Bélgica, Gran Bretaña, Alemania e Irlanda, se establece responsabilidad con culpa pero con presunción de culpa del fabricante; en Francia y Luxemburgo es responsabilidad sin culpa u objetiva.

<sup>29</sup> Cuando no existe legislación o jurisprudencia comunitaria, se aplica la reglamentación de los Estados miembros, que puede diferir en su fondo y aplicación. Cada Estado miembro cuenta con un entorno reglamentario relativamente bien desarrollado, dirigido, específicamente a la protección de los consumidores o a la regulación de las prácticas comerciales entre empresas y consumidores para otros fines. Estos principios generales han sido posteriormente desarrollados mediante una legislación específica, o bien su desarrollo se ha dejado en manos de los Tribunales, que, con el paso de los años, han ido produciendo una jurisprudencia completa y detallada. El aumento de estas variaciones puede actuar como una barrera para los intercambios y distorsionar la competencia al hacer que se de un trato muy diferente en toda la Unión Europea a prácticas similares. Crf. **Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea**. 2.10.2001. COM (2001) 531 final.

<sup>30</sup> Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa la seguridad general de los productos. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de junio de 2000 relativa a la seguridad general de los productos, que será aplicada el 1 de enero de 2003 y derogará a la anterior Directiva. Esta Directiva además es compatible y complementaria de la Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por productos defectuosos.

ducción a favor de la víctima para garantizar la compensación del daño; la no responsabilidad del productor cuando demuestre la existencia de determinados hechos expresamente contemplados en la Directiva; la responsabilidad limitada en el tiempo en virtud de plazos uniformes; la ilegalidad de las cláusulas que limiten o excluyan la responsabilidad en perjuicio de la víctima; la responsabilidad limitada desde el punto de vista financiero en un nivel elevado, si bien, opcional para los Estados miembros<sup>31</sup>; la revisión periódica de su contenido teniendo en cuenta los efectos sobre las víctimas y los productores.

Según la Directiva, todo productor de un bien mueble defectuoso debe de reparar los daños causados a la integridad física o al patrimonio privado de las personas. En concreto, el artículo 1 establece que el productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos.

La responsabilidad del productor tiene los siguientes caracteres: es objetiva, porque no hace falta demostrar la culpa<sup>32</sup>, es relativa<sup>33</sup>, y limitada en el tiempo<sup>34</sup>, la víctima tiene que demostrar que ha sufrido el daño<sup>35</sup>, y es solidaria<sup>36</sup>, lo que permite a la víctima demandar a

---

<sup>31</sup> Es el establecimiento de un límite financiero máximo que no podrá ser inferior a 70 millones de euros por los daños que resulten de la muerte o las lesiones corporales causadas por idénticos artículos con el mismo defecto.

<sup>32</sup> Sin embargo, esta responsabilidad es relativa, en realidad semi-objetiva, pues el productor no es responsable según el artículo 7 en determinados supuestos, como por ejemplo el productor no será responsable de los riesgos del desarrollo, es decir, no será responsable si prueba que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos, en su nivel más avanzado, no permitía descubrir la existencia del defecto. Cfr. Gómez Laplaza, M<sup>a</sup>. C. La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos en la Unión Europea. Presente y futuro. Op. Cit. Pag. 2331.

<sup>33</sup> Ya que el productor no es responsable cuando demuestra la existencia de determinados hechos que pueden ser objeto de revisión.

<sup>34</sup> El establecimiento de un plazo de prescripción uniforme para las acciones de resarcimiento, redundan en beneficio tanto del perjudicado como del productor. En concreto, el artículo 10 establece que la acción de resarcimiento para reparar los daños prescribirá a los tres años.

<sup>35</sup> Artículo 4.

<sup>36</sup> Artículo 5.

cualquiera de los responsables para recibir íntegramente una compensación.

Una vez establecida la responsabilidad del productor, se entiende por éste a la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y todo aquél que se presente como productor, poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto<sup>37</sup>. Además, la protección del consumidor exige que todo aquel que participa en un proceso de producción, deba de responder en el caso de que un producto acabado o una de sus partes, o bien las materias primas que hubiera suministrado, fueran defectuosos; que por la misma razón, la responsabilidad debiera extenderse a todo el que importe productos en la Comunidad y aquellas personas que se presenten como productores poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo y a los que suministren un producto cuyo productor no pudiera ser identificado.

Por tanto, y a tenor del artículo 3 de la Directiva, se considera como productor: toda persona que participa en el proceso de producción<sup>38</sup>; el importador del producto defectuoso<sup>39</sup>; toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo<sup>40</sup> en el producto<sup>41</sup>; toda aquella persona que suministra un producto cuyo fabricante no puede ser identificado<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> Artículo 3.

<sup>38</sup> El primer sujeto responsable es el fabricante de un producto acabado, es un fabricante real, es decir, la persona o empresa que ha participado bajo su propia responsabilidad en la fabricación de un producto y lo comercializa bajo su nombre o marca. También será productor el fabricante de parte componente o materia prima, porque en dicho proceso se sirve para fabricar el producto y ponerlo a punto para la comercialización.

<sup>39</sup> En lo que respecta a la responsabilidad del importador, el artículo 3.2 de la Directiva ha necesitado de adaptaciones específicas consecuentes a la entrada en vigor del EEE, que es el Tratado sobre la creación del Espacio Económico Europeo, firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992.

<sup>40</sup> El nombre, marca o cualquier otro signo distintivo incluye el nombre comercial y el rótulo del establecimiento, tal y como establece la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas.

<sup>41</sup> Esta figura es la conocida en la doctrina con el nombre de "fabricante aparente". Esta apariencia de fabricación es lo que justifica su equiparación, a efectos de respon-

En primer lugar se contempla por tanto al productor final, que es la persona que fabrica un producto acabado. Por tanto, será responsable ante todo, el fabricante que pone en circulación el producto tal y como llega a manos de los consumidores y usuarios<sup>43</sup>. El siguiente legitimado pasivo a que se refiere la Directiva es la persona que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante. En principio, la responsabilidad de éste sigue las reglas generales, si bien, no responde en dos supuestos que se recogen en el artículo 7: cuando el defecto de la parte componente es imputable a la concepción del producto a que se incorpora y cuando el defecto de la parte componente es imputable a las instrucciones dadas por el fabricante del producto a que se incorpora. En tal caso, la parte es efectivamente defectuosa, pero ello es debido al fabricante, que ha dado instrucciones erróneas y es él quien debe de responder.

Otros sujetos responsables serán aquellos pertenecientes a la fase de distribución, y en concreto el artículo 3 señala a toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto. Por tanto, no hay que incluir a quienes hacen figurar su nombre en el producto pero sin intención de presentarse como productores. De todo lo expuesto aquí deducimos que, con frecuencia, los responsables serán varios. Pues bien, a tenor del artículo 5 de la Directiva, si dos o más personas fueran responsables

---

sabilidad, al productor, tratándose además de una responsabilidad de carácter principal. Cfr. Jiménez Liébana, D. **Responsabilidad Civil: daños causados por productos defectuosos**. Edit. Mc Graw Hill. Madrid 1998. pp. 268 y ss.

<sup>42</sup> El suministrador sólo será responsable en el caso de que no pudiera ser identificado el productor. Se trata así de facilitar la indemnización de la víctima; ahora bien, esta responsabilidad del suministrador cesará en el caso de que informe al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto en un plazo de tiempo razonable. Este plazo deberá de ser fijado por cada país a la hora de trasponer la Directiva. La Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos, en su artículo 4 señala este plazo en tres meses.

<sup>43</sup> Según la doctrina, dentro del concepto legal de fabricante final se incluye el denominado "assembler", que es el que encaja o combina productos manufacturados por otro u otros, pero no al mero instalador. Cfr. Gázquez Serrano, L. La responsabilidad del contratante por productos defectuosos. Op. Cit. Pag. 429

del mismo daño, su responsabilidad será solidaria, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno relativas al derecho de repetir<sup>44</sup>.

Siguiendo con el análisis de la Directiva, debemos de referirnos al concepto de producto, y para ello acudimos al artículo 2, que entiende por producto cualquier mueble, excepto las materias primas agrícolas y los productos de la caza<sup>45</sup>, aún cuando esté incorporado a otro bien mueble o a uno inmueble. Tal exclusión determina que sea el perjudicado el que soporte estos defectos en la mayoría de los casos, y, de otro lado, la excepción crea serias disfunciones, sobre todo teniendo en cuenta la complejidad de transformación inicial. Por último, el citado artículo 2 también considera como producto expresamente a la electricidad.

La directiva sólo se aplica a los productos, estando excluidos los servicios defectuosos. Producto será cualquier bien mueble, independientemente de su uso privado o no. De la lectura del artículo 2 se desprende que se excluyen de su ámbito objetivo de aplicación los bienes inmuebles. Esta exclusión de los bienes inmuebles parece estar justificada por la existencia en casi todas las legislaciones nacionales<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Se aplica por tanto entre los responsables la regla de la solidaridad, que es la que beneficia en mayor medida a la víctima, tanto por la simplificación procesal, como por la mayor seguridad que introduce, en el sentido que la indemnización será satisfecha; por tanto, el perjudicado podrá reclamar a cualquiera de los responsables, o a varios, o a todos, la reparación integral del daño.

<sup>45</sup> Quedan excluidos, salvo derogación por parte de los Estados miembros, las materias primas agrícolas y los productos de la caza que no hayan sufrido transformación, es decir, que si en ciertos Estados miembros la exclusión de las materias primas agrícolas y de los productos de caza del ámbito de aplicación de la presente Directiva puede considerarse como una restricción injustificada de la protección de los consumidores, éstos podrán extender la responsabilidad hasta dichos productos. No obstante, la Directiva 1999/34/CE ha introducido modificaciones al respecto en la Directiva 85/374/CEE.

<sup>46</sup> En concreto, el Código Civil español regula la responsabilidad inmobiliaria en el artículo 1909 (si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto, o en su caso, contra el constructor dentro del tiempo legal), y en el artículo 1591 (el contratista de un edificio que se arruinase por daños en la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviera lugar dentro de diez años contados desde que se concluyó la construcción). Igualmente podemos mencionar la Ley de ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre).

de disposiciones específicas en materia de responsabilidad inmobiliaria<sup>47</sup>.

Una vez establecido el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva, debemos saber qué se entiende por defecto o por producto defectuosos; y para ello el artículo 6 afirma que se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad<sup>48</sup> que legítimamente cabría esperar, tomando en cuenta todas las circunstancias; y especialmente su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y su puesta en circulación<sup>49</sup>. En todo caso un producto se considerará defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie. Un producto no podrá considerarse defectuoso por el sólo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada<sup>50</sup>.

Esta definición de defecto se refiere a un defecto muy específico, pues se trata del defecto de seguridad, ya que de la Directiva se deduce que la noción de defecto no depende de la inaptitud, sino de la falta de

---

<sup>47</sup> Creemos que en relación con el derecho español vigente, la Directiva determinó una menor protección de los consumidores en este aspecto, pues el nivel de protección de los artículos 25 a 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984), no se limitaba a los bienes muebles sino que extendía su ámbito de aplicación a los bienes inmuebles y a los servicios. La Ley 22/1994 de responsabilidad por productos defectuosos, al igual que la Directiva, también excluye los bienes inmuebles del concepto "producto", y ello porque los Estados miembros no estaban autorizados para modificar la definición de producto.

<sup>48</sup> Hablar de seguridad equivale a la ausencia o existencia de un umbral mínimo de riesgo que en tanto no sea superado, permite calificar a un determinado producto como seguro.

<sup>49</sup> Esto implica que las legítimas expectativas sobre la seguridad de un producto deben de ser valoradas conforme a los conocimientos técnico-científicos existentes en el momento de la puesta en circulación del producto.

<sup>50</sup> La introducción de esta previsión tiene como objetivo impedir la reproducción en el ámbito europeo de la problemática surgida en el Derecho estadounidense, donde la adopción por el fabricante de dispositivos de seguridad se interpretaba como reconocimiento de inseguridad en los anteriores diseños del producto. De esta forma, el hecho de que con posterioridad a la comercialización de un producto se fabrique y comercialice otro más perfeccionado, por el mismo o por distinto fabricante, no convierte, sin más, al primitivo producto en defectuoso.

seguridad del producto respecto a las personas o las cosas. Por tanto, cuando hablamos de defecto, nos referimos a defecto de seguridad como vicio que ocasiona una falta de estándar de seguridad requerido para el producto concreto<sup>51</sup>.

Igualmente, es conveniente analizar el concepto de daño<sup>52</sup>, siendo limitados los daños que cubre la Directiva, pues se incluyen los daños que ocasionen muerte o lesiones corporales, así como los causados a una cosa, pero no se incluyen el propio producto defectuoso ni los daños inmateriales (cualquier daño extrapatrimonial, moral), que sin embargo, la mayor parte de las legislaciones nacionales los tienen en cuenta. Pensamos que esta decisión no es acertada, ya que con frecuencia constituye una de las partidas más significativas de la indemnización reclamada por muerte o daños corporales, por lo que la remisión a las distintas normativas internas no puede crear más que soluciones distintas en relación con el grado de protección concedido a las víctimas<sup>53</sup>. Tampoco se aplicará la Directiva a los daños que resulten de accidentes nucleares, siempre que tales daños se encuentren cubiertos por Convenios

---

<sup>51</sup> Establecido que el producto es defectuoso, la carga de la prueba del defecto corre a cargo de la víctima, que deberá demostrar la existencia del daño, el defecto del producto y la relación de causalidad entre el daño y el defecto. En el marco de responsabilidad sin culpa que prevé la Directiva no es necesario por tanto, probar la negligencia o la culpa del productor o del importador.

<sup>52</sup> Artículo 9: a los efectos del artículo 1, se entiende por daños: los daños causados por muerte o lesiones corporales, los daños causados a una cosa o la destrucción de la cosa, que no sea el propio producto defectuoso, previa deducción de una franquicia de 500 ecus, a condición de que tal cosa: sea de las que normalmente se destinan para uso o consumo privados, y el perjudicado lo haya utilizado principalmente para su uso o consumo privados. El presente artículo no obstará a las disposiciones nacionales relativas a los daños inmateriales. La ley española de productos defectuosos deduce una franquicia de 65.000 pesetas en su artículo 10.

<sup>53</sup> Estas previsiones de la Directiva se han introducido en nuestro Derecho interno, pues el artículo 10 de la Ley 22/1994, que reproduce en su apartado 1 casi literalmente el artículo 9 de la Directiva, y en su apartado 2 excluye del ámbito de aplicación los demás daños y perjuicios, incluidos los daños morales, los cuales podrán ser resarcidos conforme a la legislación civil general.

Internacionales<sup>54</sup> ratificados por los Estados miembros de la Unión Europea<sup>55</sup>.

Por lo que se refiere a los daños en la propia cosa defectuosa, no se incluyen en el concepto de daño de la Directiva, en la medida que lo que se entiende es que se produce la aplicación de las normas de la compraventa, y en concreto la obligación de saneamiento que compete a todo vendedor de productos que resulten defectuosos<sup>56</sup>.

Por otra parte, de la definición de daño se obtiene la de víctima, y del artículo 9 se deduce el círculo de personas protegidas: toda persona, realice una actividad de consumo, empresarial o profesional, por los daños personales. En cambio, sólo se protege a la persona por los daños materiales, cuando realicen una actividad de consumo privado con bienes de ese tipo; se protege tanto al adquirente o consumidor en sentido estricto como a cualquiera que utilice el producto defectuoso o usuario, o incluso al que sufre un daño por hallarse próximo a la cosa defectuosa.

#### **b) Directiva 1999/34/CE**

A pesar de la importancia de la Directiva 85/374/CEE y de los logros conseguidos, se ha puesto de manifiesto que la citada Directiva tiene una serie de deficiencias, de modo que la Comunidad Europea se ha visto en la necesidad de llevar a cabo unas reformas con el objeto de lograr una máxima protección del consumidor<sup>57</sup> y facilitar a su vez,

---

<sup>54</sup> El 13 de mayo de 1996, se publicó la Directiva 96/29 de EURATOM, por la que se establecen las normas básicas relativas a la protección sanitaria de los trabajadores y de la población contra los riesgos que resultan de las radiaciones ionizantes.

<sup>55</sup> Artículo 14.

<sup>56</sup> Igualmente, están excluidos los daños causados a los bienes utilizados normalmente con fines profesionales o comerciales, y ello principalmente porque los daños producidos a los bienes empresariales plantean graves problemas asegurativos y de otro tipo, distintos de los que tienen por centro a los consumidores, y por tanto, requieren de distinta solución normativa.

<sup>57</sup> Actualmente existe una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Alimentaria Europea, y se fijan los proce-



en beneficio de los consumidores, la legítima reparación de los daños causados en la salud.

Uno de los principales defectos que presentaba la Directiva de 1985 era la exclusión de su ámbito de aplicación, de los productos agrícolas defectuosos<sup>58</sup> que en los últimos años se vieron aumentados en la Unión Europea como consecuencia de la denominada “crisis de las vacas locas” y de la dioxina.

Por tanto, tras la crisis de las vacas locas, la Directiva 1999/34/CE amplía el ámbito de aplicación de la Directiva 85/374/CEE a las materias primas agrícolas tales como la carne, los cereales, los frutos y las legumbres, y los productos de la caza para evitar cualquier posibilidad de excepción. En consecuencia, el productor o el importador deberá de pagar los daños e intereses si existe una relación de causalidad entre el daño sufrido y el defecto, sin que la víctima deba de aportar la prueba de que ha habido una negligencia por parte del importador o del productor.

La Directiva contribuirá a aumentar el grado de protección de los consumidores y a devolverles la confianza en la seguridad de los productos agrícolas, al alentar a los productores y a los importadores a respetar estrictamente las normas y las medidas de protección aplicables, y a adoptar una actitud responsable con respecto a las materias primas agrícolas<sup>59</sup>.

---

dimientos relativos a la seguridad alimentaria COM (2000) 076 publicado el 27/03/2001. Actualmente se encuentra pendiente de la adopción de la Posición Común por parte del Consejo.

<sup>58</sup> La Directiva dejaba como opción a cada país miembro el extender la responsabilidad a dichos productos. Sin embargo, fueron pocos los Estados miembros que al trasponer la Directiva a sus respectivos ordenamientos internos extendieron la responsabilidad a los productos agrícolas. En concreto lo hicieron Grecia (Ley 2251/1994), Francia (Ley n.º 389-98 de 15.5.98), Luxemburgo (ley de 21.4.1989 modificada por la Ley 6.12.1989), Finlandia (Ley n.º 694 de 17.08.90 modificada por la Ley n.º 99 de 8.1.93 y la Ley n.º 879 de 22.10.93), Suecia (Ley n.º 18 de 23.1.92 modificada por la Ley n.º 1137 de 3.12.92 y la Ley n.º 647 de 10.6.93), Islandia (Ley n.º 25 de 27.3.91), Noruega (Ley n.º 104 de 23.12.88 modificada por la Ley n.º 62 de 25.11.91) y Eslovenia (Ley de 6.3.98).

<sup>59</sup> Además, la ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva 85/374/CEE permitirá aplicar el régimen de responsabilidad sin culpa a las materias primas agrícolas

En concreto, la Directiva 99/34/CE modifica el artículo 2 de la anterior Directiva, que quedará redactado de la siguiente manera: “a efectos de la presente Directiva, se entenderá por producto cualquier bien mueble, aún cuando esté incorporado a otro bien mueble a un bien inmueble. También se entenderá por producto la electricidad”. En el apartado 1 del artículo 15 se suprime la letra a). De este modo se suprime la posibilidad de los Estados miembros de disponer en su legislación que, a efectos del artículo 1 de la Directiva, por producto se entiende también las materias primas agrícolas y los productos de caza<sup>60</sup>. Por tanto, con la adopción de la Directiva 99/34/CE, los productores de productos agrícolas no transformados serán también responsables por los daños causados en la salud de los ciudadanos como consecuencia de los defectos de sus productos.

Según el artículo 2, los Estados miembros pondrán en aplicación dichas disposiciones a partir del 4 de diciembre de 2000<sup>61</sup>. En el ordenamiento jurídico español, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de

---

en todos los países del Espacio Económico Europeo (EEE), lo que eliminará los riesgos de distorsión de la competencia en el mercado único, derivados de las divergencias entre los regímenes de responsabilidad aplicables a las materias primas agrícolas. También pondrá fin a las dificultades que puede plantear a veces la determinación de la frontera entre las materias primas agrícolas y los productos transformados.

<sup>60</sup> El considerando octavo de la Directiva ofrece una interpretación auténtica de lo que son productos agrícolas, entendiéndose por tales los que se definen en la segunda frase del artículo 32 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y los que figuran en el Anexo II de dicho trabajo. Según la segunda frase del citado artículo 32, “por productos agrícolas se entienden los productos de la tierra, de la ganadería y de la pesca, así como los productos de primera transformación directamente relacionados con aquellos”.

<sup>61</sup> En el ordenamiento jurídico italiano, la trasposición de la Directiva se ha realizado a través del Decreto Legislativo n.º 25 del 2 de febrero del 2001, el cual lógicamente extiende el principio de responsabilidad por productos defectuosos a los productos agrícolas no transformados, y con ello se pretende garantizar una mayor seguridad en la producción agrícola mediante la legítima indemnización a los consumidores por los daños causados a la salud por los productos defectuosos. En concreto el artículo 3.1 queda redactado de la siguiente manera: “produttore é il fabbricante del prodotto finito o di una sua componente, il produttore della materia prima, nonché, per i prodotti agricoli del suolo e per quelli dell’allevamento, della pesca e della caccia, rispettivamente l’agricoltore, l’allevatore, il pescatore ed il cacciatore”.

Medidas fiscales, administrativas y del Orden social, ha modificado la Ley 22/1994, de responsabilidad civil de productos defectuosos, incluyendo dentro de su ámbito de aplicación (antes quedaban expresamente excluidas) las materias primas agrarias y ganaderas (junto con los productos de la caza y de la pesca) que no hubieran sufrido transformación inicial. Al dejar si efecto la exclusión anterior, estas materias quedan incluidas en la definición de producto, siendo aplicable esta ley a los eventuales daños que puedan ocasionar tales materias<sup>62</sup>.

## **II. Perspectivas de futuro de la responsabilidad civil por productos defectuosos en la Unión Europea**

### **a) *El Libro Verde sobre responsabilidad civil por productos defectuosos***

La experiencia alcanzada en la aplicación de la Directiva 85/374/CEE, ha servido de punto de partida para evaluar la actual situación de la responsabilidad civil en el ámbito de la Unión Europea y ese es el objeto del Libro Verde sobre Responsabilidad Civil de los productos defectuosos<sup>63</sup>.

El objetivo del Libro Verde es buscar el sistema idóneo que permita indemnizar de la mejor manera a las víctimas de los daños sufridos a causa de productos defectuosos, sin por ello frenar la capacidad innovadora de la industria. Además, responde al compromiso de la Comisión

---

<sup>62</sup> Cabe pensar que con esta modificación, el gobierno ha actuado con rapidez ante la avalancha de reclamaciones que podrían derivarse del llamado "mal de las vacas locas" (encefalopatías espongiformes bovinas). Hemos de tener en cuenta que la Ley 22/1994 establece un régimen de responsabilidad objetiva respecto de los fabricantes y de los importadores del producto defectuoso frente al sujeto que reclama por el daño ocasionado, con lo que tras esta modificación, se apunta como responsables del daño, y en consecuencia, legitimados pasivos frente eventuales reclamaciones, única y exclusivamente a los fabricantes e importadores de dichas materias.

<sup>63</sup> Bruselas 28.07.1999 COM (1999) 396 final.

ante el Parlamento Europeo, de emprender los estudios necesarios para comprobar si era pertinente o no una reforma más profunda de la Directiva 85/374/CEE y a presentar el Segundo Informe de aplicación a finales del año 2000<sup>64</sup>.

En una primera parte, el Libro Verde hace una evaluación del impacto de la Directiva 85/374/CEE de acuerdo con los objetivos que se había fijado, y pide a los agentes interesados que hagan una evaluación de ese impacto. En una segunda parte, el Libro Verde propone puntos de reflexión sobre una posible revisión de la Directiva. En primer lugar recuerda el principio de equilibrio sobre el cual se fundamenta la Directiva<sup>65</sup>, esto es, un término medio entre los intereses de las víctimas, que desean la mayor protección al coste más bajo, y los productores, que abogan por límites y plazos de responsabilidad más cortos<sup>66</sup>.

Sin perjuicio del principio según el cual la carga de la prueba corresponde a la víctima, el Libro Verde analiza las modalidades de aplicación de esta carga. En efecto, para obtener una compensación, la persona que ha sufrido un perjuicio debido a un producto defectuoso debe de probar, no sólo el defecto del producto, sino también la relación causa efecto entre dicho defecto y el perjuicio sufrido. El Libro Verde ofrece varias formas de aliviar esta carga de la prueba: prever una

---

<sup>64</sup> El Informe citado ha sido presentado por la Comisión el 31 de enero de 2001 COM (2000) 893 final.

<sup>65</sup> En cualquier caso toda iniciativa de reforma de la directiva debería de guiarse *a priori* por el equilibrio que se deriva de los siguientes principios: la responsabilidad civil del productor es objetiva, relativa, limitada en el tiempo y una responsabilidad que no se puede suprimir por la voluntad de las partes; y la víctima tiene que demostrar que ha sufrido un daño, que el producto era defectuoso y que hay un nexo causal entre el defecto del producto y los daños sufridos.

<sup>66</sup> La responsabilidad civil del productor es limitada desde el punto de vista económico, pues la franquicia prevista en su artículo 9 permite al productor no compensar a la víctima por los daños causados a los bienes inferiores a 500 ecus. Por su parte en el artículo 16 se contempla la posibilidad de imponer un límite máximo de 70 millones de ecus, si bien sólo en España, Alemania y Portugal se ha contemplado una limitación de este tipo. Por otro lado, la responsabilidad también es limitada desde el punto de vista temporal, ya que a tenor de los artículos 10 y 11 diez años después de la puesta en circulación de un producto el productor ya no es responsable.

presunción del nexo causal cuando la víctima demuestre el daño y el defecto; establecer un nivel de prueba suficiente (por ejemplo, una probabilidad superior al 60%); imponer al productor el suministro de documentos útiles a la víctima; imponer al productor la carga de los gastos periciales, que se devolverían si la víctima fracasa<sup>67</sup>; cuando un producto haya sido fabricado por varios productores y no sea posible determinar cual es el responsable del defecto del producto, aplicar la teoría del derecho americano “Market Share Liability”, según la cual basta que la víctima aporte la prueba de la relación entre el daño causado y el producto incriminado sin facilitar el nombre del fabricante.

La Directiva prevé que los productores puedan quedar exentos de responsabilidad cuando el estado de los conocimientos científicos y técnicos, en el momento de la comercialización del producto incriminado, no permitía detectar el defecto. Si bien varios Estados miembros ya han suprimido unilateralmente esta posibilidad de exención<sup>68</sup>, el Libro Verde se pregunta qué consecuencias tendría una supresión general: para la industria, y en general su capacidad innovadora, y para el sector de los seguros, considerando en especial la posibilidad de cubrir este tipo de riesgos.

Otro punto de reflexión es la definición del ámbito de aplicación de la Directiva<sup>69</sup> ¿debe de extenderse a los bienes inmuebles?. Por otra parte, el régimen actual de responsabilidad cubre los daños por muerte y lesiones corporales, así como los daños a un bien de uso no profesional.

---

<sup>67</sup> En Italia existe un ejemplo similar a esta posibilidad. El artículo 8.3 del Decreto de 1988 por el que se traspone la Directiva, habilita al juez para que haga pagar al productor un anticipo de los gastos periciales si es verosímil que el daño lo haya causado un defecto del producto.

<sup>68</sup> Esta exoneración no existe en Luxemburgo, Finlandia y España en lo que se refiere a los productos alimentarios y los medicamentos, en Alemania en el sector farmacéutico y en Francia para los productos procedentes del cuerpo humano y los productos puestos en circulación antes de mayo de 1998.

<sup>69</sup> La Directiva sólo se aplica a productos, estando excluidos los servicios defectuosos, para los cuales la Comisión tiene prevista una posible iniciativa especial (Comunicación de la Comisión – “Plan de acción sobre política de los consumidores 1999-2001” (COM (98) 696 de 1.12.98).

¿Deben de mantenerse fuera del ámbito de aplicación los daños morales y psicológicos<sup>70</sup>, así como los daños causados a los bienes de uso profesional?<sup>71</sup>.

La última reflexión que aborda el Libro Verde se refiere al acceso a la justicia de las víctimas de productos defectuosos. Se estudian más concretamente las acciones de cesación<sup>72</sup> y las acciones conjuntas<sup>73, 74</sup>. En concreto se trata de saber si la aplicación de la Directiva 85/374/CEE necesita medidas específicas para facilitar el acceso de las víctimas a la justicia. Como la Directiva no prevé ningún mecanismo específico para articular procesalmente las peticiones de resarcimiento cursadas

---

<sup>70</sup> Los daños inmateriales no están cubiertos actualmente, aunque la mayor parte de las legislaciones nacionales los tienen en cuenta. En su dictamen en primera lectura sobre la Directiva 99/34/CE, el Parlamento Europeo había recomendado que se incluyeran los daños psíquicos en el ámbito de aplicación de la Directiva, aunque en segunda lectura, el Parlamento no obtuvo la mayoría necesaria para proponer la modificación de la Directiva en ese sentido.

<sup>71</sup> Otra cuestión es la de los daños causados a los bienes utilizados normalmente con fines profesionales o comerciales, que no están cubiertos por la Directiva, y esto se explica porque la Directiva no contempla más que la indemnización de un tipo de bien: los bienes de consumo. En Francia, sin embargo, la Ley de trasposición de la Directiva cubre asimismo los daños causados a los bienes de uso no privado (bienes comerciales).

<sup>72</sup> La acción de cesación a la que se refiere el Libro Verde, es la que consiste en solicitar la retirada del mercado de aquellos productos defectuosos, y se plantea si conviene reconocer de modo expreso a las asociaciones de consumidores y usuarios la posibilidad de ejercitar acciones judiciales de cesación de comercialización de productos defectuosos e inseguros.

<sup>73</sup> En relación con las acciones conjuntas, se refiere a la utilidad de reconocer mecanismos procesales de representación conjunta de las víctimas afectadas por un mismo producto defectuoso, al modo en que sucede con las acciones de grupo previstas en Francia o Portugal o con las *class actions*<sup>73</sup> características del Derecho estadounidense.

<sup>74</sup> La experiencia norteamericana sobre las *class actions* demuestra sobradamente la utilidad de una acción de estas características en el campo de los daños causados por productos defectuosos, sobre todo en aquellos supuestos, no infrecuentes por desgracia en la práctica, en los que un mismo producto causa daños a una colectividad amplia, más o menos determinada de personas. Por tanto, el ejercicio de acciones de clase se revela como un mecanismo especialmente idóneo para articular las peticiones indemnizatorias.

por aquellas personas que hayan sufrido daños por un producto defectuoso, significa que en este campo son de aplicación las normas procesales generales de los distintos Estados miembros.

### ***b) Breves referencias a la aplicación práctica de la Directiva***

En relación con el funcionamiento de la Directiva, en la práctica se considera que es adecuado, porque ha establecido un marco jurídico estable y equilibrado que tiene en cuenta las preocupaciones de los consumidores y de los productores. En la mayor parte de los Estados miembros, las disposiciones nacionales de ejecución de la Directiva se aplican generalmente junto con otras normativas relativas a la responsabilidad<sup>75</sup>.

En cuanto a la aplicación de la Directiva en la resolución de litigios ocasionados por daños producidos por productos defectuosos, son muy pocos los juicios conocidos que se han basado en la Directiva<sup>76</sup>; en el año 2001, fecha de publicación de nuestro informe, había un caso reciente en Irlanda, dos casos en Italia, tres en el Reino Unido, tres o cuatro en Bélgica, Suecia y Finlandia, entre 20 y 25 resoluciones judiciales en Austria, unas treinta en Alemania, 19 en Portugal, y ninguna en Francia, Grecia y Luxemburgo. En España, tampoco son muy nume-

---

<sup>75</sup> El artículo 13 de la Directiva permite esta coexistencia de diferentes normativas sobre responsabilidad que se puede entender de distintas formas: en primer lugar, la variedad de reglamentos no ha disuadido de la comercialización de productos en la Comunidad ni ha tenido efectos en las compañías de seguros; en segundo lugar, ha permitido una mayor protección del consumidor que, por otro lado, podría restringir la aplicación de las normas previstas por la Directiva. Por ello, la mayoría de las observaciones se oponen a que la Directiva se convierta en el régimen común y único de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, pero apoyan el mantenimiento de la situación actual prevista en el artículo 13.

<sup>76</sup> Creemos que la posibilidad de permitir la coexistencia de distintos regímenes de responsabilidad, podría explicar el escaso número de casos prácticos presentados ante los tribunales nacionales en virtud de las normas de aplicación de la Directiva relativa a la responsabilidad por productos defectuosos.

rosos los Tribunales que hacen aplicación de la Ley 22/1994 de responsabilidad por productos defectuosos, pudiendo señalar los siguientes pronunciamientos: Sentencia de la AP de Granada de 25.01.2000; Sentencia de la AP de Málaga de 18.01.2000; Sentencia de la AP de Granada de 30.10.2000; Sentencia de la AP de Navarra de 13.05.1999; Sentencia de la AP de Albacete de 9.03.2000; Sentencia de la AP de Salamanca de 15.03.2000 y Sentencia de la AP de Asturias de 18.01.2000. El número de casos de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos parece ser relativamente bajo; en la mayoría de ellos (el 90% según los aseguradores alemanes y holandeses) las reclamaciones se resuelven extrajudicialmente, sobre todo cuando los hechos, es decir, el defecto, el daño y la relación causal son evidentes<sup>77</sup>.

Otro de los temas abordados se refiere al impacto de la Directiva en los intereses de las víctimas, y se ha confirmado que la seguridad de los productos mejoró considerablemente desde la adopción de la Directiva en 1985. Ello se debe a la existencia de un elevado nivel de seguridad garantizado por un marco normativo estricto en determinados sectores de productos como los medicamentos, los productos químicos, la maquinaria y el material eléctrico, mientras que los otros sectores corresponden al ámbito de aplicación de la Directiva 92/59 relativa a la seguridad general de los productos.

Por otra parte, las observaciones revelan algunas diferencias entre los Estados miembros entre los regímenes nacionales de seguridad social y la indemnización concedida en virtud de la Directiva. Por lo general, una persona perjudicada por un producto defectuoso recibe una cantidad de los regímenes de la seguridad social, independientemente de la existencia o no de un responsable y como contrapartida

---

<sup>77</sup> Teniendo en cuenta la gran cantidad de arreglos extrajudiciales, se considera que por lo general las víctimas cobran las indemnizaciones de un modo rápido y efectivo. En lo que respecta a los casos interpuestos ante los Tribunales nacionales, la posibilidad de una resolución rápida depende más del dinamismo y de la eficacia de los sistemas nacionales de procedimiento civil que de la pertinencia del derecho sustantivo; se considera que el derecho procesal español es muy formal y estricto en lo referente a la presentación de evidencias.



de su aportación al régimen de seguros. La indemnización que la Directiva establece para la víctima se suma a esta cantidad<sup>78</sup>.

A la vista de toda la información recogida sobre el funcionamiento de la Directiva, la Comisión considera que la creación de un grupo de expertos sobre responsabilidad civil por productos defectuosos, constituiría un instrumento pragmático y eficaz de recopilación de datos, que reuniría información relacionada con todos los Estados miembros, especialmente en lo referente a la aplicación jurídica de la Directiva, la jurisprudencia reciente y las modificaciones de las legislaciones nacionales que hayan tenido repercusiones en la responsabilidad derivada de los productos. También se considera que la creación de una verdadera política de responsabilidad civil del productor a escala comunitaria, necesita de una revisión periódica de la Directiva cada cinco años, con el fin de proseguir hacia una mayor armonización.

### III. CONCLUSIONES

Centrándonos en algunos aspectos concretos de la Directiva, estimamos oportuno realizar las siguientes consideraciones:

- 1) En relación con el tipo de daños y bienes cubiertos, si bien la Directiva del 99 ha ampliado su ámbito de acción a las materias primas agrícolas y a los productos de caza, habría sido una buena ocasión para incluir otro tipo de bienes, tales como los bienes inmuebles; además, también creemos oportuno que con respecto a los daños resarcibles, se cubran también los daños morales o inmateriales.
- 2) En lo que se refiere al tema de la franquicia establecida en el artículo 9 de la Directiva con la finalidad de evitar el aumento

---

<sup>78</sup> Sin embargo, las disposiciones de la seguridad social en Europa difieren de unos Estados miembros a otros. En algunos de ellos como en los Países Bajos y en los países escandinavos, los regímenes de seguridad social no pueden emprender acciones contra el productor de un producto defectuoso. En otros países como Austria, el Reino Unido o Italia, los regímenes de seguridad social sí disponen de esta facultad, pero no la han utilizado todavía en la práctica.

de juicios cuyo importe no supere una determinada cantidad, no creemos que esta norma consiga el objetivo perseguido, además de que provoca la inaplicación de la Directiva con el consiguiente aumento de los regímenes de responsabilidad internos, y por tanto con una desigualdad dependiendo del país en concreto de que se trate.

- 3) Por consiguiente, y en relación con el punto anterior, bajo nuestro parecer sería oportuno suprimir la posibilidad de los Estados miembros de la dualidad de regímenes establecida en el artículo 13 de la Directiva.
- 4) En relación con el acceso a la justicia, y para facilitarlo a los perjudicados, sería conveniente que la Directiva regulase de forma expresa las denominadas acciones de clase, pues aunque en Europa hay mecanismos legales nacionales que permiten las acciones de grupo, sólo existe un procedimiento judicial que parece comparable con las "class actions" de los Estados Unidos en el Derecho portugués según la Ley n.º 83/1995 sobre la acción popular.

Por tanto, a pesar de la existencia de la Directiva y del amplio marco de protección que se supone da a los consumidores, es inútil dictar una legislación europea si después esa legislación no es incorporada correctamente por los Estados miembros a su ordenamiento jurídico interno, o si no tiene unos efectos prácticos sobre la situación de los consumidores o, en otras palabras, si en los Estados miembros no se hace cumplir la legislación Europea, para lo cual es necesario una incorporación a la legislación nacional oportuna y apropiada y una aplicación práctica, eficaz y correcta.



# A TUTELA JURISDICCIONAL DOS INTERESSES DIFUSOS NO DIREITO PORTUGUÊS

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA

Professor da Faculdade de Direito  
de Lisboa

§ 1.º *Interesses individuais, públicos e difusos*; I. Critérios de distinção; 1. Interesses privados e públicos; 2. Caracterização dos interesses difusos; II. Modalidades dos interesses difusos; 1. Generalidades; 2. Concretização; III. Meios da tutela jurisdiccional; 1. Generalidades; 2. Concretização; § 2.º *Tutela jurisdiccional dos interesses difusos*; I. Enquadramento legal; 1. Regime constitucional; 2. Legislação ordinária; II. Objecto da acção popular; 1. Âmbito constitucional; 2. Concretização ordinária; 3. Indemnização; III. Legitimidade popular; 1. Generalidades; 2. Concretização; 3. Caracterização; 4. Interesse em demandar; IV. Interessados ausentes; 1. Regime processual; 2. Âmbito do regime; V. Meio judicial; 1. Activismo judiciário; 2. Apoios económicos; VI. Âmbito do caso julgado; 1. Enquadramento; 2. Critério legal; § 3.º *Observação final*.

## § 1.º Interesses individuais, públicos e difusos

### I. Critérios de distinção

#### 1. *Interesses privados e públicos*

É bem conhecida a distinção traçada por *Ulpianus* entre o direito público e o privado: *publicum ius est, quod ad statum rei Romanae*

*spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet* (Digesto, 1.1.1.2). Desta definição tem sido extraído, ao longo dos tempos, um critério baseado no interesse para distinguir entre o direito público e o direito privado: através do direito público são prosseguidos os interesses da comunidade e através do direito privado são realizados os interesses privados. Em termos tendenciais, pode dizer-se que este critério é aceitável para traçar a distinção entre o direito público e o direito privado.

Todavia, o problema que aquela clássica definição levanta não é tanto o de saber se ela contém um critério adequado para distinguir entre o direito público e o direito privado, mas antes o de determinar se a distinção que ela enuncia esgota as qualificações possíveis, isto é, se todos os interesses terão de ser qualificados como públicos ou como privados. Concretizando a questão no aspecto subjectivo, cabe perguntar se o Estado e o indivíduo devem ser os únicos titulares de situações subjectivas. A resposta a essa questão implica a análise dos chamados interesses difusos.

## 2. Caracterização dos interesses difusos

a. Os interesses difusos podem ser definidos como aqueles que pertencem a todos e a cada um dos membros de uma comunidade, de um grupo ou de uma classe, sendo, no entanto, insusceptíveis de apropriação individual por qualquer desses sujeitos<sup>1</sup>. Os interesses difusos pertencem, na feliz expressão de *M. Cappelletti*, “a todos e a ninguém”<sup>2</sup>, porque os bens jurídicos a que se referem – como, por

---

<sup>1</sup> Cfr., por exemplo, DENTI, *Interessi diffusi*, in *Novissimo Digesto Italiano/Appendice IV*, Torino, 1983, 306 ss.; TROCKER, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1989, 1 ss.; TEIXEIRA DE SOUSA, *Legitimidade Processual e Acção Popular no Direito do Ambiente*, in FREITAS DO AMARAL / TAVARES DE ALMEIDA (Coord.), *Direito do Ambiente*, INA, 1994, 412; seguindo esta orientação, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3/9/1998, in *Colectânea de Jurisprudência / Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, 1998/3, 19; para maiores desenvolvimentos, cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lisboa, 2003, 20 ss.

<sup>2</sup> CAPPELLETTI, in *Rivista di Diritto Processuale*, 30, 1975, 372.

exemplo, o meio ambiente, o património cultural, o consumo ou a qualidade de vida – são de todos e não podem ser atribuídos em exclusividade a nenhum sujeito. Desta caracterização decorre que os interesses difusos possuem, simultaneamente, uma dimensão supra-individual e individual, não sendo nem apenas supra-individuais, nem apenas individuais: o interesse difuso é um interesse supra-individual que pode ser gozado por qualquer sujeito, sem que este se possa apropriar do bem a que ele se refere<sup>3</sup>.

A relevância dos interesses difusos decorre, entre outras causas, dos fenómenos de massificação que são característicos das sociedades industriais e pós-industriais: massificação da produção, da distribuição, da informação e do consumo, o que se traduz numa massificação dos respectivos conflitos e o que origina os chamados danos de massas<sup>4</sup>. Estes danos podem ser produzidos por simples actos individuais, como, por exemplo, o lançamento no mercado de um produto nocivo à saúde, a concorrência desleal de um comerciante, a falsa informação de uma empresa sobre a sua real situação económica, a violação por um empregador de uma convenção colectiva de trabalho ou ainda a poluição do ar ou da água por uma fábrica.

As sociedades modernas apresentam ainda uma outra característica que é relevante para a delimitação dos interesses difusos: elas são, cada vez mais, sociedades de risco<sup>5</sup>. O progresso técnico traz evidentes vantagens (basta pensar no conforto pessoal que é proporcionado pelas sociedades modernas e na facilidade de comunicação, de informação e de deslocação que elas possibilitam), mas esse progresso também aumenta o potencial de risco e comporta alguns perigos. Algumas catástrofes industriais demonstram-no facilmente.

---

<sup>3</sup> Cfr., por exemplo, VIGORITI, *Interessi collettivi e processo / La legittimazione ad agire*, Milano, 1979, 23 ss.; TEIXEIRA DE SOUSA, *Legitimidade Popular* cit., 21 ss.

<sup>4</sup> Cfr., por exemplo, KOCH/WILLINGMANN, *Großschäden und ihre Abwicklung – Einführung in ein interdisziplinäres Forschungsprojekt*, in KOCH/WILLINGMANN, *Großschäden – Complex Damages*, Baden-Baden, 1998, 11 ss.; TEIXEIRA DE SOUSA, *Legitimidade Popular* cit., 156 ss.

<sup>5</sup> Cfr., por exemplo, BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986, 25 ss.

b. Dado que os interesses difusos correspondem a interesses supra-individuais, cabe perguntar o que os distingue dos interesses públicos, com os quais comungam daquela característica de supra-individualidade<sup>6</sup>. A diferença parece poder ser traçada nos seguintes moldes: – os interesses públicos correspondem aos interesses gerais de uma colectividade, mas abstraem dos interesses individuais que são satisfeitos; – os interesses difusos são interesses aferidos pelas necessidades efectivas que por eles são satisfeitas a cada um dos membros de uma colectividade. Assim, por exemplo, o exercício da função jurisdicional pelos tribunais e a exclusão da autotutela correspondem a um interesse público, ainda que só uma parcela relativamente restrita da população tenha necessidade de recorrer aos tribunais para tutelar os seus direitos ou interesses. Em contrapartida, os interesses difusos são sempre interesses que estão a satisfazer necessidades efectivas de cada um dos membros de uma classe ou de um grupo: os interesses difusos dos consumidores ou dos habitantes de uma região não podem ser pensados sem as utilidades que eles concretamente atribuem àqueles consumidores ou habitantes.

A distinção entre os interesses difusos e os interesses públicos também radica na diferente legitimidade para promover a sua tutela jurisdicional: – a legitimidade para solicitar a tutela dos interesses públicos pertence a um órgão do Estado, que é o Ministério Público ou uma entidade equivalente; – a legitimidade para a tutela dos interesses difusos cabe aos elementos da sociedade civil, quer dizer, a organizações representativas e a indivíduos. A participação dos grupos e dos indivíduos na tutela dos interesses difusos coincide, quer com o discurso sobre a emancipação da sociedade civil perante o Estado que volta a ser dominante na pós-modernidade, quer com o reconhecimento de que a dicotomia entre o direito público e o direito privado não consegue abarcar certos interesses que superam essa distinção<sup>7</sup>. É o que sucede com os

---

<sup>6</sup> Sobre a dificuldade de distinguir os interesses públicos dos interesses difusos, cfr. CARAVITA, in *Diritto e società* 1982/2, 178 ss.; LINDBLOM, in *Scandinavian Studies in Law* 29, 1985, 107; sobre o tema, cfr. também THIÈRE, *Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozeß*, Bielefeld, 1980, 70 ss.

<sup>7</sup> Cfr. CAPPELLETTI, in *Rivista di Diritto Processuale*, 30, 1975, 367 ss.

interesses difusos: repetindo uma feliz expressão, pode dizer-se que eles possuem “uma alma pública e um corpo privado”<sup>8</sup>.

## II. Modalidades dos interesses difusos

### 1. Generalidades

O art.º 81.º, § único, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei n.º 8.078, de 11/9/1990) distingue entre os interesses difusos, os interesses colectivos e os interesses individuais homogêneos<sup>9</sup>. Esta tripartição também é conhecida no direito português (cfr., por exemplo, art.ºs 3.º, al. f), e 13.º, al. c), da Lei n.º 24/96, de 31/7 (Lei de Defesa dos Consumidores)), embora o sentido de cada um dos seus termos não coincida com as definições que lhes são dadas naquele conhecido preceito da legislação brasileira<sup>10</sup>.

Aquela tripartição já foi utilizada na jurisprudência portuguesa para justificar a atribuição de legitimidade para a tutela de interesses difusos. O Acórdão da Relação de Lisboa de 12/6/1997<sup>11</sup> qualificou a cobrança pela Portugal Telecom, SA, do valor de duas assinaturas mensais pelo mesmo período de tempo como uma violação dos interesses colectivos dos consumidores, mas recusou a integração destes interesses nos interesses difusos e, por isso, não reconheceu legitimidade à Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor na acção popular por ela proposta para defesa daqueles interesses. Porém, esta decisão foi revogada pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/2/1998<sup>12</sup>, que, seguindo a orientação definida no Acórdão do Supremo

<sup>8</sup> COLAÇO ANTUNES, *A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo / Para uma legitimação procedimental*, Coimbra, 1989, 23.

<sup>9</sup> Cfr., por exemplo, MANCUSO, *Interesses Difusos* <sup>5</sup>, São Paulo, 2001, 74 ss.

<sup>10</sup> Para uma apreciação geral, cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Legitimidade Popular* cit., 43 ss.

<sup>11</sup> *Colectânea de Jurisprudência*, 1997/3, 107.

<sup>12</sup> *Colectânea de Jurisprudência / Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, 1998/1, 84.



Tribunal de Justiça de 23/9/1997<sup>13</sup> numa idêntica acção proposta pela Associação de Consumidores de Portugal, aceitou a tripartição dos interesses difusos *lato sensu* em interesses difusos *stricto sensu*, interesses colectivos e interesses individuais homogêneos e reconheceu a legitimidade das associações de consumidores para obter a tutela jurisdicional de quaisquer desses interesses.

## 2. Concretização

a. Alguns interesses difusos são subjectivamente indiferenciados, porque se referem a bens públicos (na acepção económica da expressão), ou seja, a bens que só podem ser gozados numa dimensão colectiva: pense-se, por exemplo, no interesse de qualquer pessoa na qualidade do ar ou de qualquer consumidor na qualidade dos bens e serviços prestados<sup>14</sup>. Estes interesses, que pertencem a uma pluralidade indiferenciada e indeterminada de sujeitos e que correspondem àqueles que *J. C. Barbosa Moreira* designou por “interesses essencialmente colectivos”<sup>15</sup>, são os interesses difusos *stricto sensu*.

Uma outra das modalidades dos interesses difusos *lato sensu* são os interesses colectivos. Enquanto os interesses difusos *stricto sensu* são aqueles que incidem sobre bens públicos (no sentido económico da expressão) e que, por isso, possuem necessariamente uma pluralidade de titulares, os interesses colectivos correspondem aos interesses difusos que *J. C. Barbosa Moreira* designou por “acidentalmente coletivos”<sup>16</sup>, ou seja, são os interesses que incidem sobre bens privados de uma

---

<sup>13</sup> *Boletim do Ministério da Justiça*, 469, 432 = *Colectânea de Jurisprudência / Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, 1997/3, 30 = *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, 12, 1997, 111, com anotação concordante de P. DUARTE.

<sup>14</sup> É nesta acepção que devem ser compreendidos os “interesses colectivos dos consumidores” referidos no art.º 1.º, n.º 1, da Directiva 98/27/CE, de 19/5/1998 (*Jornal Oficial* L 166, de 11/6/1998).

<sup>15</sup> BARBOSA MOREIRA, *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*, in BARBOSA MOREIRA, *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*, S. Paulo, 1984, 196; VIGORITI, *Interessi collettivi* cit., 32 s., refere-se aos interesses “«de natureza intrinsecamente colectiva»”.

<sup>16</sup> BARBOSA MOREIRA, *Tutela jurisdicional* cit., 196.

pluralidade de sujeitos que, por qualquer circunstância, podem ser defendidos conjuntamente. Os interesses colectivos necessitam – como referiu B. Caravita – de um “grau relativamente elevado de auto-organização” entre os seus titulares<sup>17</sup>.

b. A consideração de que os interesses difusos possuem uma dupla dimensão supra-individual e individual é importante para delimitar os interesses individuais homogéneos: – os interesses difusos *stricto sensu* e os interesses colectivos são o reflexo da dimensão supra-individual dos interesses difusos, isto é, são os interesses difusos considerados na sua dimensão supra-individual; – os interesses individuais homogéneos são a refracção daqueles na esfera de cada um dos seus titulares, ou seja, são a concretização dos interesses difusos *stricto sensu* e dos interesses colectivos na esfera dos indivíduos. Do exposto resulta que os interesses individuais homogéneos não são algo de diferente dos interesses difusos *stricto sensu* ou dos interesses colectivos, mas estes mesmos interesses considerados na sua dimensão individual.

Sendo assim, os interesses individuais homogéneos podem ser definidos como os interesses que cabem a cada um dos titulares de um interesse difuso *stricto sensu* ou de um interesse colectivo. Por exemplo: o interesse na qualidade do ar é um interesse difuso *stricto sensu*, mas o interesse de cada um dos habitantes de uma região naquela qualidade é um interesse individual homogéneo. Em contrapartida, os lesados pelo consumo de um produto nocivo à saúde são titulares de um interesse colectivo, sendo o interesse de cada um desses prejudicados igualmente um interesse individual homogéneo.

### III. Meios da tutela jurisdicional

#### 1. Generalidades

Corresponde a uma verificação comum – susceptível de ser facilmente comprovada pela consulta da generalidade das legislações

---

<sup>17</sup> Cfr. CARAVITA, in *Rivista critica di diritto privato*, 3, 1985, 42.

nacionais – que os regimes processuais tomam como base as situações jurídicas que possuem um único titular activo ou passivo. Mesmo a simples pluralidade de partes é tratada por essas legislações através das necessárias adaptações perante o regime paradigmático, que é o da singularidade do autor e do réu da acção. Pode assim afirmar-se que a tutela processual toma como parâmetro o interessado individual e adapta esse regime às situações de pluralidade de interessados.

A superação deste “paradigma individualista” (na expressão de *M. Cappelletti e B. Garth*<sup>18</sup>) torna-se inevitável quando a tutela jurisdicional tem por objecto os interesses difusos<sup>19</sup>. Para além das genéricas dificuldades no acesso à justiça decorrentes de razões sócio-económicas, da falta de informação sobre os direitos e das deficiências da resposta do aparelho judiciário, esse acesso pode ainda ser dificultado pela dimensão dos litígios. Algumas vezes sucede que a pequena dimensão destes não justifica o recurso aos tribunais por cada um dos sujeitos lesados, pelo que apenas uma tutela colectiva se mostra economicamente viável. Noutras vezes, sucede precisamente o contrário: a dimensão supra-individual do litígio desencoraja o sujeito individual a recorrer aos tribunais para tutelar o seu interesse individual, pelo que somente uma tutela colectiva pode ultrapassar esse défice de tutela jurisdicional<sup>20</sup>.

Do referido não deve retirar-se a conclusão de que os interesses difusos só podem ser tutelados através de uma tutela colectiva, pois que da procedência de uma vulgar acção individual também pode decorrer a tutela daqueles interesses. Isso sucede principalmente na tutela de tipo inibitório: pense-se, por exemplo, que alguém, invocando o seu direito à saúde, propõe uma acção para obrigar uma fábrica a baixar o nível de poluição que ela produz; é claro que qualquer outro vizinho da fábrica beneficia da diminuição daquela poluição. Portanto, uma

---

<sup>18</sup> CAPPELLETTI/GARTH, *The Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interests in Civil Litigation*, in HABSCHIED (Ed.), *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung*, Bielefeld, 1983, 158.

<sup>19</sup> Na doutrina portuguesa, cfr., por exemplo, J. MAGALHÃES, in *Revista de Direito Público*, 8, 1990, 27 s.

<sup>20</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Legitimidade Popular* cit., 90 ss.

acção individual também pode servir, de modo reflexo, de meio de tutela de interesses difusos.

## 2. Concretização

Quando o objecto do processo é um interesse difuso, a impossibilidade da presença em juízo de todos os interessados levanta alguns problemas, nomeadamente quanto à sua representação pela parte demandante e aos efeitos do caso julgado da decisão final. Aquele objecto também implica a superação de um regime processual assente numa visão liberal e individualista, segundo a qual a função do tribunal se deve limitar à apreciação das provas produzidas pelas partes e à aplicação do direito aos factos provados. Um regime que transpõe para o plano processual uma perspectiva individualista é naturalmente inadequado para a tutela jurisdicional dos interesses difusos. O que se pretende não é permitir que os interesses difusos possam ser defendidos em juízo como qualquer interesse individual, mas sim construir um regime que seja adequado às suas especialidades e possa dar expressão às suas particularidades.

Importa analisar a resposta que o ordenamento português fornece à tutela jurisdicional dos interesses difusos, pois que só por ela se pode aferir a efectividade dessa protecção<sup>21</sup>. A exposição subsequente incide sobre a tutela jurisdicional dos interesses difusos na ordem jurídica portuguesa, embora com excepção quer da área do procedimento e do contencioso administrativo<sup>22</sup>, quer da matéria respeitante à tutela penal e contra-ordenacional desses mesmos interesses.

---

<sup>21</sup> Propondo uma análise centrada na perspectiva dos "consumidores" do sistema jurídico, cfr. CAPPELLETTI, in *Rivista di Diritto Processuale*, 37, 1982, 243 ss.

<sup>22</sup> Cfr. art.º 53.º, n.ºs 2 e 3, do Código do Procedimento Administrativo e art.º 9.º, n.º 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

## § 2.º Tutela jurisdicional dos interesses difusos

### I. Enquadramento legal

#### 1. *Regime constitucional*

A solução fornecida pelo direito português para a tutela jurisdicional dos interesses difusos é algo original. Segundo o disposto no art.º 52.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, “é conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para [...] promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural” e ainda para “assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais”<sup>23</sup>.

Não é difícil (e é também muito interessante) descortinar neste recorte constitucional da acção popular a conjugação de algumas características que são específicas das *class actions* norte-americanas com outras que pertencem às acções associativas (como as *actions associatives* francesas e as *Verbandsklagen* alemãs)<sup>24</sup>. Esta solução acentua a dimensão política (no sentido mais próprio do termo) da função jurisdicional, ao possibilitar que qualquer cidadão ou organização interessada defenda em juízo, com maior ou menor altruísmo, os interesses gerais da *polis*<sup>25</sup>. Importa referir que o art.º 52.º da Constituição

---

<sup>23</sup> O preceito foi aditado pela Lei Constitucional n.º 1/89, de 8/7, e revisto pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20/9. O texto constitucional prevê ainda, a propósito do *habeas corpus*, uma outra forma de utilização da acção popular (cfr. art.º 31.º, n.º 2, da Constituição).

<sup>24</sup> Sobre as várias soluções que têm sido utilizadas para a tutela dos interesses difusos, cfr. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1989, 279 ss.

<sup>25</sup> Afirma, a propósito, HOMBURGER, *Private suits in the public interest in the United States of America*, in HOMBURGER/KÖTZ, *Klagen Privater im öffentlichen Interesse*, Frankfurt am Main, 1975, 13: “We may trust a man to help his fellow men if, by helping them, he helps himself”.

se encontra inserido num capítulo relativo aos “direitos, liberdades e garantias de participação política”, pelo que o direito de acção popular que ele consagra constitui exemplo do que V. Vigoriti designou de “participação através, ou mediante, a justiça”<sup>26</sup>. Há ainda que acrescentar que o art.º 20.º, n.º 1, da Constituição assegura a todos o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, pelo que existe, no próprio plano constitucional, uma distinção clara entre a tutela de interesses individuais e a tutela de interesses difusos.

Analisando o art.º 52.º, n.º 3, da Constituição, verifica-se que nele se encontram definidos o meio judicial para a tutela dos interesses difusos, as entidades legitimadas para a defesa desses interesses e ainda a finalidade da tutela que pode ser solicitada: – o meio judicial é a acção popular<sup>27</sup>; – as entidades legitimadas podem ser indivíduos e associações de defesa dos interesses difusos; – por fim, a tutela solicitada pode ter uma finalidade preventiva ou repressiva da ofensa dos interesses difusos.

## 2. Legislação ordinária

a. A Lei n.º 83/95, de 31/8, regulou, com um certo atraso em relação à respectiva consagração constitucional, o direito de acção popular previsto no art.º 52.º, n.º 3, da Constituição<sup>28</sup>. Pode ainda acres-

<sup>26</sup> VIGORITI, *Interessi collettivi* cit. 12.; sobre a matéria, cfr. também P. OTERO, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 59, 1999, 892.

<sup>27</sup> Sobre a evolução da acção popular no direito português, cfr. L. SILVEIRA, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 448, 1995, 11 ss.; SOTTO MAJOR, in *Documentação e Direito Comparado*, 75/76, 1998, 253 ss.; P. OTERO, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 59, 1999, 872 ss.; TEIXEIRA DE SOUSA, *Legitimidade Popular* cit., 109 s.

<sup>28</sup> Sobre a elaboração da Lei n.º 83/95, cfr. R. MACHETE, *Acção procedimental e acção popular – Alguns problemas suscitados pela Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto*, in *Lusitana / Série de Direito / Número especial*, 1996, 264 ss.; GAIÃO RODRIGUES, *Acção popular*, in CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS (Ed.), *Textos / Ambiente e consumo*, I, 1996, 247 ss.; ARAÚJO TORRES, *Acesso à justiça em matéria de ambiente e consumo – Legitimidade processual*, in CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS (Ed.), *Textos / Ambiente*

centar-se que o art.º 6.º, n.º 1, al. b), da Lei n.º 95/88, de 17/8, atribui às associações de mulheres legitimidade para exercer o direito de acção popular em defesa dos direitos das mulheres, que o art.º 31.º, n.º 1, do Código dos Valores Mobiliários (aprovado pelo art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 486/99, de 13/11) consagra uma acção popular para a protecção de interesses individuais homogéneos e colectivos dos investidores não institucionais em valores mobiliários e ainda que o art.º 10.º, n.º 3, da Lei n.º 107/2001, de 8/9, concede o direito de acção popular às associações de defesa do património cultural.

Impõe-se, no entanto, um esclarecimento a propósito da aplicação do regime estabelecido na Lei n.º 83/95, dado que, quanto aos bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais, são possíveis duas hipóteses: – se esses bens pertencem ao domínio público, eles estão afectos à satisfação de interesses difusos e, por isso, podem ser defendidos através da acção popular regulada na Lei n.º 83/95, como aliás se pode concluir do disposto no art.º 2.º, n.º 2, da Lei n.º 83/95; – se aqueles bens não pertencem ao domínio público, eles não satisfazem quaisquer interesses difusos e, por isso, não podem ser defendidos através de uma acção popular que visa a tutela daqueles interesses.

b. A acção popular regulada na Lei n.º 83/95 não é o único meio de tutela jurisdicional dos interesses difusos na área do consumo. O art.º 10.º, n.º 1 proémio, da Lei n.º 24/96 prevê uma acção inibitória para a defesa dos interesses dos consumidores e o art.º 25.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25/10<sup>29</sup>, regula, quanto às chamadas cláusulas contratuais gerais, uma acção inibitória destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas nulas. A compatibilização entre a acção popular prevista na Lei n.º 83/95 e as acções

---

e *Consumo*, I, 1996, 176 ss.; PAYAM MARTINS, *Class actions em Portugal?*, Lisboa, 1999, 103 ss.; o texto da lei pode ser consultado em [http://www.cidadevirtual.pt/asjp/leis/accao\\_popular.html](http://www.cidadevirtual.pt/asjp/leis/accao_popular.html).

<sup>29</sup> Alterado, em vários dos seus preceitos, pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31/8, na sequência da Directiva 93/13/CEE, de 5/4/1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (*Jornal Oficial* L 95/29, de 21/4/1993), e ainda pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7/7.

inibitórias previstas na Lei n.º 24/96 e no Decreto-Lei n.º 446/85 suscita algumas dúvidas, que importa procurar resolver.

A chave para a solução do problema acima enunciado parece encontrar-se na legitimidade processual que é concedida pelo art.º 13.º, al. b), da Lei n.º 24/96 aos consumidores e às associações de consumidores para a acção inibitória prevista no art.º 10.º, n.º 1 proémio, da Lei n.º 24/96. Com efeito, essa legitimidade é atribuída a estas entidades – diz expressamente o art.º 13.º, al. b), da Lei n.º 24/96 – “nos termos da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto”, ou seja, da lei que regula a acção popular para defesa dos interesses difusos; esta afirmação é confirmada pela atribuição do direito de acção popular às associações de consumidores pelo art.º 18.º, n.º 1, al. l), da Lei n.º 24/96. Assim, a legitimidade que, em sede de acção popular, é atribuída ao consumidor e às associações de consumidores para a propositura de uma acção inibitória coincide totalmente com aquela que é reconhecida a essas mesmas entidades pelo art.º 2.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95, pelo que parece poder concluir-se que a acção inibitória prevista no art.º 10.º, n.º 1 proémio, da Lei n.º 24/96 é, quando seja proposta por um consumidor ou por uma associação de consumidores, uma acção popular.

O mesmo há que concluir quando a acção inibitória destinada a proibir o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais seja proposta quer por um consumidor (nos termos do art.º 13.º, al. b), da Lei n.º 24/96), quer por uma associação de defesa dos consumidores ou por uma associação sindical, profissional ou de interesses económicos (art.º 26.º, n.º 1, als a) e b), do Decreto-Lei n.º 446/85). Também essa acção, instaurada por entidades às quais é reconhecida uma legitimidade popular (cfr. art.º 2.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95), é necessariamente uma acção popular.

Diferente é a solução quando o autor da acção não possa ser qualificado como um autor popular. Os art.ºs 13.º, al. c), e 21.º, n.º 1, al. c), da Lei n.º 24/96 atribuem ao Ministério Público e ao Instituto do Consumidor legitimidade para a propositura de uma acção inibitória “quando estejam em causa interesses individuais homogéneos, colectivos ou difusos” e o art.º 26.º, n.º 1, al. c), do Decreto-Lei n.º 446/85 concede legitimidade ao Ministério Público para instaurar uma acção inibitória do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais.



Estas entidades não têm legitimidade processual segundo o regime previsto na lei reguladora da acção popular (salvo a excepção, de aplicação residual, quanto ao Ministério Público estabelecida no art.º 16.º da Lei n.º 83/95), pelo que, quanto a elas, não se coloca qualquer problema de compatibilização de regimes. O Ministério Público e o Instituto do Consumidor têm legitimidade para instaurar a acção inibitória prevista no art.º 10.º, n.º 1 proémio, da Lei n.º 24/96 e o Ministério Público possui legitimidade para a acção inibitória estabelecida no art.º 25.º do Decreto-Lei n.º 446/85, mas nenhuma dessas acções pode ser considerada uma acção popular.

c. Importa ainda tentar uma conjugação entre a acção inibitória prevista no art.º 10.º, n.º 1, al. b), da Lei n.º 24/96 e aquela que se encontra regulada no art.º 25.º do Decreto-Lei n.º 446/85. Entre si, estes dois regimes legais parecem estar numa relação de especialidade: o art.º 10.º, n.º 1, al. b), da Lei n.º 24/96, porque inserido numa lei relativa à defesa dos consumidores, deve ser considerada a norma geral e o art.º 25.º do Decreto-Lei n.º 446/85, que respeita apenas às cláusulas contratuais gerais, a correspondente norma especial. Assim sendo, o art.º 10.º, n.º 1, al. b), da Lei n.º 24/96, como norma geral posterior, não revogou o art.º 25.º do Decreto-Lei n.º 446/85, enquanto norma especial anterior, porque, em princípio, a lei geral não revoga a lei especial (cfr. art.º 7.º, n.º 3, do Código Civil). Portanto, o art.º 10.º, n.º 1, al. b), da Lei n.º 24/96 fornece o enquadramento geral da acção inibitória prevista no art.º 25.º do Decreto-Lei n.º 446/85.

O único problema que esta compatibilização dos referidos regimes legais deixa em aberto é aquele que se refere à qualificação da acção inibitória do uso ou recomendação de cláusulas contratuais gerais em função das entidades com legitimidade para a sua propositura nos termos do art.º 13.º da Lei n.º 24/96. Seguindo o critério acima utilizado – o das entidades às quais é reconhecida legitimidade para instaurar a acção popular –, essa acção deve ser qualificada como uma acção popular sempre que ela seja instaurada por qualquer consumidor ou por uma associação de consumidores (art.º 13.º, al. b), da Lei n.º 24/96; cfr., quanto à legitimidade para a acção popular, art.º 2.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95). Portanto, pode haver uma acção inibitória individual (que é

aquela que pode ser proposta pelo consumidor directamente lesado: cfr. art.º 13.º, al. a), da Lei n.º 24/96), uma acção inibitória popular (que é aquela que pode ser instaurada por qualquer consumidor ou por uma associação de consumidores: cfr. art.º 13.º, al. b), da Lei n.º 24/96) e, finalmente, uma acção inibitória pública (que é aquela que pode ser intentada pelo Ministério Público ou pelo Instituto do Consumidor: cfr. art.º 13.º, al. c), da Lei n.º 24/96).

## II. Objecto da acção popular

### 1. *Âmbito constitucional*

Sobre o objecto da acção popular prevista no art.º 52.º, n.º 3, da Constituição, importa referir que ele abrange os interesses difusos *stricto sensu* e os interesses colectivos, bem como os correspondentes interesses individuais homogêneos, mas não os direitos subjectivos e os interesses meramente individuais. Assim, se alguém sofreu danos na sua saúde em virtude de um dano ambiental ou de um produto comercializado e pretende ser ressarcido desses prejuízos, não deverá recorrer à acção popular, mas a uma normal acção de indemnização.

### 2. *Concretização ordinária*

a. O art.º 1.º, n.º 2, da Lei n.º 83/95 define como interesses que podem ser defendidos pela acção popular, entre outros, aqueles que se referem à saúde pública, ao ambiente, à qualidade de vida, à protecção do consumo de bens e serviços, ao património cultural e ao domínio público. Todos estes interesses correspondem àqueles que se encontram enunciados no art.º 52.º, n.º 3, da Constituição, mas qualquer dessas enumerações é meramente enunciativa, isto é, nenhuma delas exclui que outros interesses possam ser igualmente qualificados como difusos.

A acção popular pode destinar-se à prevenção das infracções contra os interesses difusos (art.º 1.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95), nomeadamente à obtenção da condenação na inibição de uma prática lesiva dos direitos

do consumidor (cfr. art.º 10.º, n.º 1 proémio, da Lei n.º 24/96). Além desta função inibitória<sup>30</sup>, a acção popular também pode ter por objecto a condenação no pagamento de uma indemnização (cfr. art.º 52.º, n.º 3 proémio, da Constituição; art.º 22.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 83/95). Esta dupla finalidade da acção popular no direito português é uma das suas características mais salientes<sup>31</sup>.

b. A acção popular foi concretizada no âmbito administrativo e civil (cfr. art.º 12.º da Lei n.º 83/95): há, por isso, uma acção popular administrativa e civil. Convém ainda referir que o art.º 25.º da Lei n.º 83/95 admite que os titulares do direito de acção popular se possam constituir assistentes nos processos penais nos quais são julgadas condutas violadoras de interesses difusos. Este regime generaliza o que se encontra legislado a propósito de algumas associações, como as de defesa do ambiente (art.º 10.º, al. d), da Lei n.º 35/98, de 18/7 (Lei das organizações não governamentais de ambiente)) e do consumidor (art.º 18.º, n.º 1, al. m), da Lei n.º 24/96).

O art.º 12.º, n.º 2, da Lei n.º 83/95 permite que a acção popular possa revestir qualquer das formas previstas no Código de Processo Civil. Esta ampla previsão do âmbito de aplicação da acção popular permite concluir que ela também abrange os procedimentos cautelares. Nada justifica que se exclua do objecto da acção popular a providência cautelar que for adequada à garantia do interesse difuso, à definição de uma situação provisória ou à antecipação da tutela definitiva. Aliás, o art.º 26.º-A do Código de Processo Civil<sup>32</sup> refere expressamente, a propósito da legitimidade para a tutela dos interesses difusos, a propositura de procedimentos cautelares e o art.º 31.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 446/85 admite que, quando haja receio fundado de virem a ser incluídas em contratos singulares cláusulas gerais susceptíveis de ser declaradas nulas, possa ser requerida provisoriamente a sua proibição.

---

<sup>30</sup> Sobre a importância da acção inibitória para a tutela dos interesses difusos, cfr., por exemplo, TARUFFO, in *Rivista critica di diritto privato*, 5, 1987, 440 ss.

<sup>31</sup> Sobre a matéria, cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Legitimidade Popular* cit., 149 ss.

<sup>32</sup> Este preceito foi aditado pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12/12, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 180/96, de 25/9.

### 3. Indemnização

a. O art.º 23.º da Lei n.º 83/95 estabelece uma obrigação de indemnização por responsabilidade objectiva, quando da acção ou omissão do agente tenha resultado a ofensa de interesses difusos e quando o dano resulte de actividade objectivamente perigosa. Esta responsabilidade pelo risco coincide, quanto à área do ambiente, com aquela que se encontra estabelecida no art.º 41.º, n.º 1, da Lei n.º 11/87, de 7/4 (Lei de Bases do Ambiente) e, relativamente à área do consumo, com aquela que está prevista no art.º 12.º, n.ºs 1 e 4, da Lei n.º 24/96, quanto ao fornecedor de serviços, e no art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 383/99, de 6/11, e no art.º 12.º, n.º 5, da Lei n.º 24/96, quanto ao produtor de bens.

O demandante pode requerer, na própria acção popular, a condenação do demandado no pagamento de uma indemnização. O art.º 22.º, n.º 2, da Lei n.º 83/95 permite que o tribunal fixe uma indemnização global e o art.º 22.º, n.º 3, da Lei n.º 83/95 estabelece que os titulares de interesses identificados têm direito à correspondente indemnização nos termos gerais da responsabilidade civil. A admissibilidade de um pedido relativo a uma indemnização global é uma das principais vantagens da acção popular. Essa possibilidade implica alguns importantes benefícios em matéria de prova, porque ela permite o recurso a regras estatísticas de causalidade entre a conduta lesiva e os danos provocados<sup>33</sup>.

A admissibilidade da solicitação de uma indemnização global apresenta algumas vantagens, mas também são manifestas as dificuldades de a quantificar, como se pode começar por exemplificar na área do consumo. Como é fácil de compreender, essa indemnização não pode ser determinada somando cada um dos danos efectivamente suportados por cada um dos consumidores, não só porque o número destes é normalmente indeterminado, mas também porque o prejuízo individual pode variar em função do lugar e do tempo da aquisição do bem ou

<sup>33</sup> Cfr. GOTTWALD, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 91, 1978, 28 s.; GILLES, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 98, 1985, 14.

serviço. Além disso, sempre que o dano do consumidor decorra de uma publicidade enganosa, é preciso uma opção sobre o dano que se pretende indemnizar. São duas as soluções possíveis<sup>34</sup>: o dano de cada um dos consumidores pode ser quantificado pela diferença entre o preço pago e o valor real do bem ou serviço (por exemplo, 100-80=20) ou pela diferença entre o valor real do bem ou serviço e o valor que eles teriam se possuíssem as qualidades prometidas pela publicidade enganosa (por exemplo, 100-140=40)<sup>35</sup>. Tudo isto leva a determinar a indemnização global em função, não dos prejuízos causados pelo lesante, mas dos lucros por ele obtidos, o que aproxima aquela indemnização dos *punitive damages* característicos do direito norte-americano.

Também na área do ambiente são manifestas as dificuldades de quantificar os prejuízos causados num ecossistema, porque muitos dos vários componentes naturais e humanos que o compõem (cfr. art.º 5.º, n.º 2, al. a), da Lei n.º 11/87) não possuem qualquer valor de mercado ou pertencem ao domínio público. Na falta de um valor comercial dos bens ecológicos, poder-se-ia procurar avaliar o dano provocado no ambiente através da medida dos interesses que foram frustrados e das despesas necessárias para o evitar<sup>36</sup>, mas é discutível que as utilidades frustradas sejam mais facilmente quantificáveis do que os prejuízos causados, porque a conservação de um ecossistema é fundamental, por exemplo, para a satisfação de interesses estéticos ou de qualidade de vida. Sendo assim, especialmente porque se procura obter um certo efeito preventivo, também é difícil fugir a atribuir algum carácter punitivo à indemnização de danos ecológicos<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr. SCHRICKER, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1979, 4; cfr. também KRAFT, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1979, 163.

<sup>35</sup> SCHRICKER, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1979, 4, denomina a primeira possibilidade como a “pretensão à pequena diferença” e a segunda como a “pretensão à grande diferença”.

<sup>36</sup> Cfr. LADEUR, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, 1240; REHBINDER, in *Natur + Recht*, 1988, 110; sobre alguns critérios de quantificação dos danos ecológicos, cfr. CUNHAL SENDIM, *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos*, Coimbra, 1998, 169 n. 350 e 170 n. 351.

<sup>37</sup> Cfr. TARUFFO, in *Rivista critica di diritto privato*, 5, 1987, 435; VIVANI, *Danno Ambientale / Profili di Diritto Pubblico*, Padova, 2000, 185 ss.

b. Como se referiu, o art.º 22.º, n.º 2, da Lei n.º 83/95 permite que o tribunal fixe uma indemnização global, mas o art.º 22.º, n.º 3, da Lei n.º 83/95 estabelece que os titulares de interesses identificados têm direito à correspondente indemnização nos termos gerais da responsabilidade civil. A conjugação destes preceitos parece dever ser feita de acordo com os seguintes critérios: – a indemnização global é atribuída quando se verificar a violação de um interesse difuso *stricto sensu* (como, por exemplo, a violação do direito a um ambiente sadio) ou quando se verificar a violação de interesses colectivos e não se justificar a quantificação dos danos de cada um dos lesados (como acontece quando se trata de indemnizar os consumidores pelos pequenos prejuízos causados por um produto defeituoso); – a indemnização aferida nos termos gerais da responsabilidade civil cabe quando sejam violados interesses colectivos e deva ser atribuída a cada um dos lesados uma indemnização individualizada<sup>38</sup>.

Quando a indemnização global se destine a ser distribuída pelos lesados – o que sucede quando ela vise a indemnização de interesses colectivos que são globalmente indemnizados –, o pagamento de cada indemnização individual terá de ser requerida dentro dos três anos seguintes ao trânsito em julgado da sentença que tenha fixado aquela indemnização global, dado que o direito à indemnização prescreve passado esse prazo (art.º 22.º, n.º 4, da Lei n.º 83/95). Os montantes correspondentes a direitos prescritos são afectos ao apoio aos titulares do direito de acção popular que o requeiram (art.º 22.º, n.º 5, da Lei n.º 83/95).

### III. Legitimidade popular

#### 1. Generalidades

A acção popular pode ser proposta por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, bem como pelas associações e fun-

---

<sup>38</sup> Assim, TEIXEIRA DE SOUSA, *Legitimidade Popular* cit., 172.

dações defensoras dos interesses em causa (art.º 2.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95)<sup>39</sup>. Esta solução, baseada na representação de todos os interessados pelo autor popular, apresenta uma dupla vantagem. Antes do mais, ela permite evitar as inúmeras acções que poderiam ser propostas por cada um dos sujeitos afectados pela violação do interesse difuso, dado que a acção popular permite resolver um litígio que respeita a uma pluralidade de sujeitos. Além disso, a representação dos titulares do interesse difuso pelo autor popular permite minorar as dificuldades que são inerentes à mobilização de todos aqueles interessados, embora favoreça o *free-riding*, isto é, o aproveitamento por alguns desses interessados da iniciativa e do trabalho desenvolvido por outros<sup>40</sup>.

Convém também salientar que uma solução como a acção popular prevista no art.º 52.º, n.º 3, da Constituição se traduz num reforço do papel dos tribunais na tutela desses interesses. Quando a função de assegurar a tutela jurisdicional desses interesses é atribuída a um órgão público (como, por exemplo, o Ministério Público ou o *Ombudsman* do Consumidor<sup>41</sup>), isso implica uma definição pelo poder legislativo das entidades legitimadas para o exercício dessa tutela e não concede ao tribunal da acção qualquer controlo sobre a legitimidade processual dessas entidades. Pelo contrário, quando essa mesma legitimidade é atribuída a qualquer cidadão ou a organizações representativas, o tribunal tem de verificar a adequação da representação exercida pelo particular e a inclusão dos interesses em causa nas atribuições e objectivos estatutários da organização demandante. Essa aferição não deve ser, aliás, meramente formal: o tribunal deve recusar a representação assumida pelo demandante se verificar que, por exemplo, a associação de consu-

---

<sup>39</sup> Sobre o âmbito subjectivo da legitimidade popular, cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Legitimidade Popular* cit., 177 ss.

<sup>40</sup> Cfr. OLSON, *A Lógica da Acção Colectiva / Bens públicos e teoria dos grupos*, Oeiras, 1998, 8 ss. e 54 ss.

<sup>41</sup> Sobre este organismo característico, em especial, dos países escandinavos, cfr., por exemplo, GRAVER, *The Consumer Ombud Scheme*, in BOURGOIGNIE (Ed.), *Group Actions and Consumer Protection / L'action Collective et la Défense des Consommateurs*, Bruxelles, 1992, 45 ss.; EDLING, *The Consumer Ombudsman scheme and group actions*, in BOURGOIGNIE (Ed.), *Group Actions* cit., 53 ss.

midores que propôs a acção popular é efectivamente controlada pelos produtores ou fornecedores.

Além disso, quanto às entidades às quais é atribuída legitimidade para a propositura da acção popular, também merece ser realçada a opção feita no art.º 52.º, n.º 3, da Constituição pela concessão dessa legitimidade tanto a pessoas singulares, como a associações representativas. Esta solução legal tem uma importante relevância prática. A insignificância do dano sofrido por cada uma das pessoas individualmente consideradas, a fraqueza do litigante isolado, a excessiva onerosidade do acesso à justiça e ainda o temor de enfrentar uma contraparte economicamente poderosa afastam, muitas vezes, o lesado de actuar processualmente na defesa do seu próprio interesse<sup>42</sup>. Esta situação só pode ser superada através do abandono de uma concepção individualista da tutela jurisdicional. Uma forma de o conseguir é atribuir a um indivíduo a representação em juízo de todos os demais que se encontram, perante um certo interesse difuso, numa posição semelhante (de lesados ou de ameaçados de lesão, nomeadamente); uma outra consiste em atribuir legitimidade processual aos entes colectivos cujo objectivo estatutário seja a defesa do interesse difuso ameaçado ou ofendido. Ambas as soluções permitem agrupar os interesses, por vezes economicamente não muito significativos, de cada um dos sujeitos atingidos.

## 2. Concretização

a. Passando à análise da legitimidade activa para a propositura da acção popular para a tutela de interesses difusos, convém referir o

---

<sup>42</sup> Assim, CAPPELLETTI, in *Rivista di Diritto Processuale*, 30, 1975, 374: "Il consumatore isolato, da solo, non agisce; se lo fa, è un eroe; ma soltanto se è legittimato ad agire non meramente per sé, ma per l'intero gruppo di cui è membro, tale «eroe» sarà sottratto al ridicolo destino del Don Chisciotte in vana quanto patetica lotta conto i mulini a vento"; cfr. também CAPPELLETTI, *Judicial Process* cit., 26 e 271; BARBOSA MOREIRA, in *Revista Forense*, 276, 1981, 5; LINDBLOM, in *Scandinavian Studies in Law*, 29, 1985, 106, pergunta com razão "[...] who can blame the individual who does not want to play the part of a David and fight a Goliath like a powerful corporation, the state, etc.?"



disposto no art.º 2.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95: são titulares do direito de acção popular quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos (não necessariamente, note-se, cidadãos portugueses) e ainda as associações e fundações defensoras dos interesses difusos, independentemente de terem ou não interesse directo na demanda. O art.º 2.º, n.º 2, da Lei n.º 83/95 estende essa legitimidade às autarquias locais, isto é, às freguesias, aos municípios e às regiões administrativas. Algo de semelhante se dispõe no art.º 26.º-A do Código de Processo Civil.

Deve ainda acrescentar-se que, quando o art.º 2.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95 atribui legitimidade aos cidadãos para a propositura da acção popular, isso não significa que apenas um sujeito individual a possa instaurar. Nada impede que essa acção seja proposta por vários cidadãos ou por um grupo de cidadãos, o que demonstra que, para esse efeito, a associação personalizada não é o único meio de conjugar a vontade de vários interessados.

b. A concessão de legitimidade processual às organizações destinadas à defesa de interesses difusos constitui um dos aspectos mais salientes do regime da acção popular no direito português. Importa evidenciar a representação que é assumida por essas organizações: elas não representam os seus membros ou fundadores, mas todos aqueles que estão interessados na defesa e protecção de um interesse difuso e que podem ser afectados pela ameaça da sua ofensa ou pela sua violação efectiva. Quer dizer: o próprio interesse difuso é subjectivamente mais amplo do que a representação que essas organizações possuem em relação aos seus membros<sup>43</sup>.

As referidas associações e fundações só possuem legitimidade processual para a acção popular se tiverem personalidade jurídica, se incluírem expressamente nas suas atribuições ou nos seus objectivos estatutários a defesa dos interesses em causa e, finalmente, se não

---

<sup>43</sup> É discutível a necessidade de reconduzir a representação dos titulares do interesse difuso pela organização demandante aos esquemas tradicionais da doutrina processual civil, nomeadamente à substituição processual: cfr., todavia, GILLES, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 98, 1985, 9; MAROTZKE, *Von der schutzgesetzlichen Unterlassungsklage zur Verbandsklage*, Tübingen, 1992, 81 ss. e 85 ss.

exercerem qualquer tipo de actividade profissional concorrente com empresas ou profissões liberais (art.º 3.º da Lei n.º 83/95). Estes requisitos coincidem com aqueles que se encontram estabelecidos no art.º 2.º, n.º 1, da Lei n.º 35/98 quanto às associações de defesa do ambiente – também designadas como organizações não governamentais do ambiente – e no art.º 10.º, n.º 2, da Lei n.º 107/2001 em relação às associações de defesa do património cultural. A esses mesmos requisitos devem igualmente obedecer as associações de defesa dos consumidores às quais os art.ºs 13.º, al. b), e 18.º, n.º 1, al. 1), da Lei n.º 24/96 reconhecem legitimidade para a propositura de uma acção popular, bem como as associações de consumidores e as associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos às quais o art.º 26.º, n.º 1, als a) e b), do Decreto-Lei n.º 446/85 atribui legitimidade para a acção inibitória do uso ou recomendação de cláusulas contratuais gerais.

Talvez convenha acentuar que aquilo que se ganha, em termos de seriedade nos propósitos e nos objectivos, com a exigência de uma pessoa colectiva regularmente constituída é também o que se perde em espontaneidade e em mobilização informal para a defesa de um interesse difuso violado ou ameaçado. Prevaleceu naquela solução legal a ancestral desconfiança do legislador perante os entes intermédios inorgânicos ou espontâneos<sup>44</sup>. Isso é, todavia, algo minorado pela relativa facilidade de aquisição de personalidade jurídica pelas associações no direito português. Na sequência da liberdade de associação prevista no art.º 46.º, n.º 1, da Constituição, as associações privadas adquirem automaticamente personalidade jurídica no momento da sua constituição através de escritura pública (art.º 158.º, n.º 1, do Código Civil), pelo que as associações de defesa de interesses difusos não estão sujeitas, quanto à sua personalização, a qualquer controlo administrativo.

c. O combate às práticas ilícitas que produzem efeitos num Estado-membro diferente daquele no qual elas ocorreram e o desincentivo à deslocação do lugar da realização dessas práticas como forma de evitar a sua repressão constituem os principais objectivos da Directiva 98/27/

---

<sup>44</sup> Cfr. CAPPELLETTI, in *Rivista di Diritto Processuale*, 30, 1975, 388 ss.; CAPPELLETTI, *Judicial Process* cit., 295 ss.

/CE, de 19/5/1998, relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores<sup>45</sup>. Para cumprir esses desideratos e para proteger os “interesses colectivos dos consumidores” (cfr. art.º 1.º, n.º 1, da Directiva 98/27/CE), a Directiva 98/27/CE determina que cada Estado-membro deve assegurar que, no caso de nele se verificar uma infracção aos interesses dos consumidores, um organismo ou uma organização do Estado-membro no qual esses interesses foram afectados possa recorrer aos seus tribunais ou às suas autoridades administrativas competentes (art.º 4.º, n.º 1, da Directiva 98/27/CE). Esta é, aliás, a solução mais prática e eficaz: em vez de discutir a legitimidade das entidades do Estado do dano para proporem neste mesmo Estado uma acção inibitória para defesa dos interesses colectivos dos consumidores, mostra-se muito mais curial permitir que aquelas entidades possam instaurar essa mesma acção no Estado no qual foi praticado o facto que provocou os danos<sup>46</sup>.

A Directiva 98/27/CE foi transposta para a ordem jurídica portuguesa pela Lei n.º 25/2004, de 8/7, estabelecendo o art.º 2.º, n.º 1, da Lei n.º 25/2004 que o seu âmbito de aplicação abrange a acção inibitória prevista no art.º 10.º da Lei n.º 24/96 e a acção popular civil regulada no art.º 12.º, n.º 2, da Lei n.º 83/95. O art.º 3.º da Lei n.º 25/2004 define as condições em que entidades de outros Estados-membros possuem legitimidade para intentar acções inibitórias em Portugal. Os art.ºs 4.º e 5.º da Lei n.º 25/2004 regulam a inscrição das entidades portuguesas a quem é reconhecido o direito de intentar acções inibitórias noutros Estados-membros, atribuindo o art.º 5.º, n.º 5, da Lei n.º 25/2004 essa legitimidade ao Ministério Público e ao Instituto do Consumidor. Quanto a este último aspecto, importa referir que, considerando que, nos termos do art.º 2.º da Lei n.º 83/95, o Ministério Público e o Instituto do Consumidor não têm legitimidade para a propositura de acções popu-

---

<sup>45</sup> Publicada no *Jornal Oficial* L 166, de 11/6/1998.

<sup>46</sup> Para uma análise da Directiva 98/27/CE na perspectiva da ordem jurídica portuguesa, cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Über die grenzüberschreitende Popularklage zum Schutz der Verbraucherinteressen – Bemerkungen über die Umsetzung der Richtlinie 98/27/EG vom 19. Mai 1998 in die portugiesische Rechtsordnung* -, FS Reinhold Geimer (München 2002), 1317 ss.

lares, o art.º 5.º, n.º 5, da Lei n.º 25/2004 atribuiu legitimidade para a propositura de acções inibitórias noutros Estados-membros a entidades que não podem propor acções populares em Portugal.

d. O art.º 3.º, al. e), do Estatuto do Ministério Público atribui ao Ministério Público competência para “assumir, nos casos previstos na lei, a defesa de interesses colectivos e difusos” e o art.º 45.º, n.º 2, da Lei n.º 11/87 (na redacção dada pelo art.º 6.º da Lei n.º 13/2002, de 19/12<sup>47</sup>) concede ao Ministério Público legitimidade para a defesa dos valores ambientais. Numa análise mais circunscrita, importa distinguir, relativamente à legitimidade do Ministério Público para a tutela de interesses difusos, entre as acções inibitórias e a acção popular. O art.º 13.º, al. c), da Lei n.º 24/96 atribui legitimidade ao Ministério Público para instaurar uma acção inibitória em matéria de consumo, sempre que estejam em causa interesses individuais homogéneos, colectivos ou difusos, e o art.º 26.º, n.º 1, al. c), do Decreto-Lei n.º 446/85 reconhece legitimidade a esse mesmo órgão quanto à acção inibitória destinada a proibir o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais. Todavia, como acima se viu, essa acção inibitória não pode ser qualificada como acção popular.

Diferente é a solução legal quanto à acção popular. O regime legal sobre a acção popular não atribui qualquer legitimidade ao Ministério Público, a não ser nos casos em que ele represente o Estado, os ausentes, menores e demais incapazes (art.º 16.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95) ou seja autorizado, por lei específica, a representar outras pessoas colectivas públicas (art.º 16.º, n.º 2, da Lei n.º 83/95). A estas excepções acresce a hipótese de o demandante desistir da lide ou celebrar transacção com o demandado ou assumir comportamentos lesivos dos interesses em causa, situação na qual o Ministério Público se pode substituir a essa parte na continuação da acção (art.º 16.º, n.º 3, da Lei n.º 83/95).

Isto permite afirmar que, em regra, o direito português desconhece uma acção popular pública. Ao recusar legitimidade ao Ministério Público para instaurar a acção popular, aquele regime legal seguiu a

---

<sup>47</sup> Segundo o estabelecido no art.º 9.º da Lei n.º 13/2002, a nova redacção do art.º 45.º, n.º 2, da Lei n.º 11/87 entrou em vigor em 19/2/2003.

solução que é habitualmente justificada pela falta de especialização desse órgão em áreas não jurídicas (como, por exemplo, a economia e a contabilidade, o planeamento urbanístico ou a ecologia), pela sua proximidade com o poder político<sup>48</sup> e ainda pelo desinteresse que ele tende a mostrar quanto à utilização de um meio judicial que não se reconduz às suas formas tradicionais de actuação<sup>49</sup>.

### 3. Caracterização

a. Um dos problemas fundamentais colocados pela defesa judicial dos interesses difusos refere-se à representação dos seus titulares que é assumida pelo autor popular<sup>50</sup>. Sobre este aspecto estabelece-se o seguinte no art.º 14.º da Lei n.º 83/95: “nos processos de acção popular, o autor representa, por iniciativa própria, com dispensa de mandato ou autorização expressa, todos os demais titulares dos direitos ou interesses em causa [...]”. Algo de semelhante se dispõe, quanto à acção inibitória do uso ou recomendação de cláusulas contratuais gerais, no art.º 26.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85: as entidades legitimadas para a propositura da acção “actuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio pertencente, em conjunto, aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada”. É indispensável averiguar, por isso, a adequação da representação que o autor da acção popular se propõe exercer<sup>51</sup>.

É elucidativo o que se estabelece, quanto a essa matéria, no art.º 16.º, n.º 3, da Lei n.º 83/95: se o autor desistir da lide ou celebrar transacção com o demandado, o Ministério Público pode substituir-se

<sup>48</sup> Cfr. BARBOSA MOREIRA, in *Revista Forense*, 276, 1981, 5.

<sup>49</sup> Cfr. CAPPELLETTI, in *Rivista di Diritto Processuale*, 30, 1975, 374 ss.; CAPPELLETTI, *Judicial Process* cit., 275 ss.; CAPPELLETTI, *L'accesso alla giustizia dei consumatori*, in CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, 1994, 109 s.; preferindo igualmente aquela solução, cfr. R. MACHETE, *Algumas notas sobre os interesses difusos, o procedimento e o processo*, in *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, 1995, 656.

<sup>50</sup> Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Legitimidade Popular* cit., 204 ss.

<sup>51</sup> Sobre o problema, cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Legitimidade Popular* cit., 232 ss.

a essa parte e continuar a acção. Isto significa que o demandante só assume a representação dos interessados ausentes enquanto a sua conduta em processo corresponder idealmente aos interesses destes terceiros. Ao concluir aqueles negócios processuais, o autor pode pretender acautelar somente os seus interesses próprios, pelo que, nessa situação, não lhe deve ser atribuída a representação de quaisquer interessados.

b. Os titulares do interesse difuso e as associações e fundações que visam a defesa desse interesse possuem uma legitimidade concorrente, porque qualquer desses sujeitos ou organizações pode instaurar a acção popular e ainda porque qualquer titular do interesse difuso pode intervir numa acção popular pendente (cfr. art.º 15.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95). Deste carácter concorrente da legitimidade popular resulta uma importante consequência, que é a seguinte: há que distinguir esta legitimidade popular da legitimidade própria e não concorrente que é atribuída pela lei a certas entidades para a tutela de interesses difusos. Por exemplo: suponha-se que, na sequência do disposto no art.º 5.º, n.º 1, do Código de Processo de Trabalho, uma associação sindical propõe uma acção de anulação ou de interpretação de uma convenção colectiva de trabalho (cfr. art.º 183.º do Código de Processo de Trabalho); essa associação exerce uma legitimidade própria e não concorrente, pelo que a acção proposta não é uma acção popular e nela não tem aplicação a faculdade de intervenção de outros titulares que está prevista no art.º 15.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95.

Uma outra consequência do carácter concorrente da legitimidade popular é a de que todos os seus titulares devem ser considerados os mesmos sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica (segundo a expressão utilizada no art.º 498.º, n.º 2, do Código de Processo Civil), pelo que a propositura de várias acções populares referidas à mesma ofensa ou ameaça de violação de um interesse difuso, ainda que por autores diferentes, permite a arguição da excepção de litispendência (art.º 497.º, n.º 1, do Código de Processo Civil)<sup>52</sup>. É uma solução que

---

<sup>52</sup> Diferentemente, LEBRE DE FREITAS, *A acção popular ao serviço do ambiente*, in *Lusitana / Série de Direito / Número especial*, 1996, 235; no sentido defendido no

evita a pendência simultânea de várias acções populares respeitantes à mesma violação ou ameaça de violação de um mesmo interesse difuso.

Em contrapartida, a propositura por um dos interessados de uma acção destinada a tutelar exclusivamente o seu interesse individual nunca origina a excepção de litispendência numa acção popular posterior. Os objectos destas acções não são idênticos – um deles é um interesse individual e outro é um interesse difuso –, pelo que nunca se satisfaz um dos requisitos daquela excepção dilatória (cfr. art.ºs 497.º, n.º 1, e 498.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

#### 4. Interesse em demandar

a. A necessidade da inclusão da defesa dos interesses ameaçados ou ofendidos nos objectivos estatutários das associações e fundações às quais é reconhecida legitimidade para a propositura da acção popular (art.º 3.º, al. b), da Lei n.º 83/95) não permite dispensar – apesar do disposto no art.º 2.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95, no art.º 13.º, al. b), da Lei n.º 24/96 e ainda no art.º 10.º *caput* da Lei n.º 35/98 – o interesse em demandar dessas entidades. Não é efectivamente necessário que algum dos seus membros tenha sido ou possa vir a ser afectado pela violação do interesse difuso, mas é indispensável que essa organização prossiga finalidades estatutárias compatíveis com a defesa desse mesmo interesse. É por este critério que se afere o seu interesse em demandar na acção popular e, por conseguinte, a sua legitimidade processual.

Os interesses difusos podem possuir, por exemplo, um âmbito geográfico determinado. Numa tal hipótese, não se pode dispensar o requisito do interesse em demandar, porque não se pode partir do princípio de que qualquer associação pode defender em juízo qualquer interesse difuso. Concretamente, quanto às associações de consumidores, o art.º 17.º, n.º 2, da Lei n.º 24/96, estabelece que elas podem possuir um âmbito nacional, regional ou local, pelo que o seu interesse em demandar depende da extensão territorial do próprio interesse difuso

---

texto, cfr., no âmbito do direito brasileiro, GIDI, *Coisa julgada e litispendência em acções coletivas*, São Paulo, 1995, 219.

ameaçado ou ofendido. Também o art.º 7.º, n.ºs 1 a 3, da Lei n.º 35/98 e o art.º 10.º, n.º 3, da Lei n.º 107/2001, de 8/7, dispõem que as organizações não governamentais de ambiente e as associações de defesa do património cultural podem possuir um âmbito nacional, regional ou local, o que, pelas mesmas razões, condiciona necessariamente o seu interesse em demandar.

São igualmente possíveis outras restrições ao interesse em demandar das organizações. Quanto às associações de consumidores, a lei estabelece uma outra classificação com relevância para a aferição do seu interesse em demandar. Segundo o disposto no art.º 17.º, n.º 3, da Lei n.º 24/96, essas associações podem ser de interesse genérico, quando o seu fim estatutário seja a tutela dos direitos dos consumidores em geral, ou de interesse específico, quando elas respeitem a consumidores de bens e serviços determinados. Desta distinção pode concluir-se que uma associação de interesse específico não tem legitimidade processual para instaurar uma acção popular quando o interesse difuso atingido não diga respeito à classe de consumidores que ela representa.

Relativamente aos sujeitos individuais, o seu interesse em demandar depende da circunstância de eles serem titulares do interesse difuso que se pretende defender ou acautelar através da acção popular<sup>53</sup>. A exigência de um interesse directo como pressuposto da legitimidade popular apresenta, aliás, duas vantagens, pois que ela estimula os sujeitos afectados pela ofensa ou ameaça de violação a reagirem por si próprios, porque sabem que outros o não poderão fazer por eles, e impede o aparecimento de litigantes “profissionais”, sempre prontos a pleitear numa qualquer acção popular respeitante a um qualquer interesse difuso.

b. Aparentemente, a atribuição de legitimidade popular apenas aos titulares do interesse difuso é contrariada pelo que, no âmbito do contencioso administrativo, se dispõe no art.º 9.º, n.º 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: este preceito reconhece a qualquer pessoa, “independentemente de ter interesse pessoal na demanda”, o direito de propor e intervir em acções destinadas à defesa de valores

---

<sup>53</sup> Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, *Legitimidade Popular* cit., 215 ss.



e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida e o património cultural. O mesmo pode ser afirmado a propósito do art.º 45.º, n.º 2, da Lei n.º 11/87 (na redacção fornecida pelo art.º 6.º da Lei n.º 13/2002, de 19/2<sup>54</sup>), dado que também este preceito dispensa o “interesse pessoal na demanda” quando a acção visa a protecção de valores ambientais. Poder-se-ia, assim, concluir, que do art.º 9.º, n.º 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do art.º 45.º, n.º 2, da Lei n.º 11/87 resulta que a legitimidade popular para a protecção de interesses difusos é atribuída a qualquer pessoa, mesmo que não tenha sido ou não possa vir a ser afectado pela sua violação. Não parece, todavia, que deva ser esta a conclusão que se pode extrair daqueles preceitos.

O art.º 9.º, n.º 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e o art.º 45.º, n.º 2, da Lei n.º 11/87 dispensam apenas o interesse pessoal na demanda, ou seja, admitem apenas que a pessoa singular que propõe a acção popular possa não extrair qualquer vantagem pessoal (ou exclusiva) da procedência da acção popular. Esta dispensa do interesse pessoal na demanda é compatível com um dos objectos possíveis da acção popular. Se o objecto da acção popular for um interesse colectivo, o demandante obtém, através da procedência dessa acção, a protecção de um bem privado: por conseguinte, ele tem um interesse pessoal em demandar. Em contrapartida, se o objecto da acção popular for um interesse difuso *stricto sensu*, a tutela incide sobre um bem público e, por isso, o demandante não retira qualquer vantagem pessoal daquela tutela: consequentemente, não lhe pode ser exigido qualquer interesse pessoal em demandar, porque, em termos individuais, ele não retira qualquer benefício da procedência da acção popular. Portanto, a dispensa do interesse pessoal em demandar que se encontra prevista no art.º 9.º, n.º 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e no art.º 45.º, n.º 2, da Lei n.º 11/87 não significa que

---

<sup>54</sup> Segundo o estabelecido no art.º 9.º da Lei n.º 13/2002, na redacção dada pelo art.º 1.º da Lei n.º 4-A/2003, de 19/2, a nova redacção do art.º 45.º, n.º 2, da Lei n.º 11/87 entrou em vigor em 1/1/2004.

qualquer pessoa possa propor qualquer acção popular, mas apenas que a acção popular que incide sobre interesses difusos *stricto sensu* não pode exigir aquele interesse em demandar do autor popular.

#### IV. Interessados ausentes

##### 1. *Regime processual*

Quanto aos sujeitos interessados na protecção do interesse difuso mas não presentes na acção popular, os problemas respeitam à sua representação pela parte demandante. Sobre esta questão, o art.º 15.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95 contém uma solução interessante (inspirada, aliás, na Regra 23 (c) (2) das *Federal Rules of Civil Procedure*): “recebida petição de acção popular, serão citados os titulares dos interesses em causa na acção popular de que se trate, e não intervenientes nela, para o efeito de, no prazo para o efeito fixado pelo juiz, passarem a intervir no processo a título principal, querendo, [...] e para declararem nos autos se aceitam ou não ser representados pelo autor ou se, pelo contrário, se excluem dessa representação, nomeadamente para o efeito de lhes não serem aplicáveis as decisões proferidas [...]”<sup>55</sup>. Talvez também pudesse ter-se estabelecido que a propositura de uma acção por um qualquer dos interessados para a tutela do seu interesse individual equivale automaticamente à sua exclusão de uma acção popular pendente, solução que, mesmo na ausência de uma previsão legal, parece ser, aliás, a única admissível.

##### 2. *Âmbito do regime*

A faculdade de auto-exclusão do terceiro interessado é uma concessão ao modelo tradicional do processo civil, talvez ditada pela

---

<sup>55</sup> Sobre a questão, cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Legitimidade Popular* cit., 209 ss.; reticente perante aquela solução legal, cfr. PELLEGRINI GRINOVER, *A acção popular portuguesa: uma análise comparativa*, in *Lusíada / Série Direito / Número especial*, 1996, 252 s.

necessidade de acautelar qualquer inconstitucionalidade decorrente da impossibilidade de o terceiro defender na acção popular interesses próprios. Essa auto-exclusão não pode valer, todavia, em relação a todo o objecto da acção popular. Releva aqui a distinção, acima traçada, entre interesses difusos em sentido estrito e interesses colectivos. Efectivamente, se o objecto da acção popular for um interesse difuso em sentido estrito, essa faculdade de auto-exclusão não pode ser exercida: se, por exemplo, o tribunal considerar que a poluição deve cessar imediatamente ou que o produto, por ser considerado defeituoso, deve ser retirado do mercado, não tem sentido admitir que essa obrigação do poluidor ou do produtor não deve valer perante qualquer interessado.

Resta concluir, por isso, que essa faculdade de auto-exclusão só pode valer em relação aos interesses individuais homogêneos que sejam correlativos dos interesses colectivos, pois que só esses são, na expressão de *J. C. Barbosa Moreira*, acidentalmente colectivos e, por isso, apenas eles podem ser gozados autonomamente por cada um dos seus titulares<sup>56</sup>. Esta solução legal tem, aliás, uma fácil justificação: trata-se de conceder ao interessado uma opção entre aceitar a defesa do seu interesse, em conjunto com a dos demais interesses homogêneos, através da acção popular ou recusar a sua representação pelo autor dessa acção e procurar a tutela do seu interesse individual através de uma outra acção que o tenha como objecto exclusivo.

## V. Meio judicial

### 1. *Activismo judiciário*

a. Dado o carácter supra-individual dos interesses difusos e a representação que é assumida em juízo por um interessado ou por uma associação, compreende-se que o juiz da acção popular deva assumir um papel activo, nomeadamente no que se refere à observância do princípio da igualdade substancial entre as partes, consagrado no art.º 3.º-A do Código de Processo Civil. Além disso, a dimensão social do

<sup>56</sup> Cfr. *Barbosa Moreira, Tutela jurisdiccional cit.*, 196.

objecto da acção popular não permite que ela possa ser encarada como um assunto privado das partes e não aconselha que a decisão da acção fique dependente apenas da tática processual assumida por elas. A Lei n.º 83/95 determina um alargamento dos poderes do tribunal nas acções populares relativas a interesses difusos, permitindo, assim, uma combinação entre a iniciativa dos indivíduos ou das associações e o empenhamento do tribunal na salvaguarda daqueles interesses.

Desde logo, importa conceder ao tribunal a faculdade de controlar a correcção da utilização da acção popular e a representação que é assumida pelo demandante, bem como o poder de combater as representações abusivas, isto é, aquelas que, sob a aparência de uma actuação altruísta, visam realmente a tutela de interesses próprios. Segundo o estabelecido na Lei n.º 83/95, são dois os momentos em que esse controlo pode ser exercido pelo tribunal: – um deles é o momento do despacho liminar, dado que a petição inicial deve ser liminarmente indeferida quando o tribunal entenda que é manifestamente improvável a procedência do pedido formulado pelo demandante (art.º 13.º da Lei n.º 83/95); – o outro momento é o da sentença final, dado que o tribunal pode decidir excluir a vinculatividade *erga omnes* da sua decisão com fundamento em motivações próprias do caso concreto (art.º 19.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95). Quer dizer: o tribunal pode controlar a justificação e a adequação da acção popular no momento do despacho liminar, mas também pode “desqualificar” essa acção aquando do proferimento da sentença final através da substituição da sua vinculatividade geral por uma restrição subjectiva dos seus efeitos.

b. É ainda o carácter supra-individual dos interesses difusos que justifica os poderes inquisitórios atribuídos ao juiz pelo art.º 17.º da Lei n.º 83/95 em matéria probatória: “na acção popular e no âmbito das questões fundamentais definidas pelas partes, cabe ao juiz iniciativa própria em matéria de recolha de provas, sem vinculação à iniciativa das partes”. A concessão destes poderes inquisitórios ao tribunal da acção popular justifica-se pela necessidade de assegurar uma efectiva igualdade entre as partes e de proteger os interesses dos ausentes<sup>57</sup>.

<sup>57</sup> Cfr. CAPPELLETTI, in *Rivista di Diritto Processuale*, 30, 1975, 394 ss.; CAPPELLETTI, *Judicial Process* cit., 300 ss.

Nomeadamente, sempre que o demandante seja um particular e o demandado uma sociedade poderosa, importa evitar que a posição de relativa desigualdade entre as partes seja agravada pelo não uso de todas as faculdades processuais que esse demandante poderia utilizar.

## **2. Apoios económicos**

Um aspecto essencial no acesso à justiça é o que se prende com a disponibilidade de meios financeiros para suportar as despesas inerentes ao recurso aos tribunais. Por isso, um outro importante poder do tribunal é aquele que se refere à definição do montante que deve ser pago pela parte vencida à parte vencedora para pagamento das despesas do processo. O art.º 21.º da Lei n.º 83/95 determina que esse quantitativo deve ser fixado de acordo com a complexidade e o valor da causa. Deve esperar-se que uma jurisprudência favorável à utilização da acção popular fixe um quantitativo suficiente para que o demandante recupere realmente todas as despesas que efectuou com a acção.

É, aliás, nítida a intenção do legislador de não obstar ao uso da acção popular por motivos económicos. É isso que justifica que, mesmo no caso de improcedência total da acção, o autor só deva ser condenado, quanto às custas processuais, em montante a fixar pelo tribunal entre um décimo e metade daquelas que seriam normalmente devidas, tendo em conta a sua situação económica e a razão da improcedência da acção (art.º 20.º, n.º 3, da Lei n.º 83/95) e que, na hipótese de procedência parcial do pedido, o autor fique isento do pagamento de custas (art.º 20.º, n.º 2, da Lei n.º 83/95). Um regime próximo encontra-se estabelecido no art.º 14.º, n.ºs 3 e 4, da Lei n.º 24/96.

## **VI. Âmbito do caso julgado**

### **1. Enquadramento**

A acção popular visa obter, não a resolução de um conflito meramente individual, mas a prevenção ou a cessação da violação de um

interesse difuso e a regulação das relações entre aquele que ameaça violar ou violou aquele interesse e todos aqueles que podem ser ou já foram prejudicados com essa conduta. A finalidade dessa acção é a composição global entre todos os interessados, pelo que a decisão que nela venha a ser proferida deve valer para todos os interessados.

Cabe abordar, assim, o complicado problema da eficácia subjectiva do caso julgado da decisão de mérito proferida na acção popular<sup>58</sup>. Como o interesse difuso sobre o qual recaiu a decisão respeita necessariamente a sujeitos distintos do autor da acção popular, há que verificar se essa decisão pode beneficiar ou prejudicar estes terceiros, isto é, se existem motivos que justificam o afastamento do princípio segundo o qual o caso julgado não vincula aqueles que não participaram da acção. A solução prevista no art.º 19.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95 mostra a necessidade de um regime especial quanto ao âmbito subjectivo do caso julgado da decisão proferida na acção popular: “as sentenças transitadas em julgado proferidas [...] em acções cíveis, salvo quando julgadas improcedentes por insuficiência de provas, ou quando o julgador deva decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto, têm eficácia geral, não abrangendo, porém, os titulares dos direitos ou interesses que tiverem exercido o direito de se auto-excluírem da representação”.

Quer dizer: o art.º 19.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95 estabelece que, em princípio, o caso julgado é vinculativo para os terceiros interessados, excepto se estes tiverem exercido o direito de auto-exclusão previsto no art.º 15.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95. Mas, mesmo que estes terceiros não tenham usado essa faculdade, deve entender-se que eles não ficam vinculados ao caso julgado se a sua citação não tiver observado os requisitos estabelecidos no art.º 15.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 83/95. Além disso, como se pode inferir do disposto no art.º 16.º, n.º 3, da Lei n.º 83/95 (no qual se prevê a substituição do autor da acção popular pelo Ministério Público quando aquele desista da lide ou celebre transacção com o demandado), o caso julgado da sentença homologatória

---

<sup>58</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Legitimidade Popular* cit., 269 ss.

dessa desistência ou transacção (cfr. art.º 300.º, n.ºs 3 e 4, do Código de Processo Civil) não vale necessariamente *erga omnes*. Se assim não sucedesse, não se compreenderia essa possibilidade de substituição e a decorrente continuação da acção popular pelo Ministério Público.

## 2. Critério legal

a. A regulamentação que consta do art.º 19.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95 define um âmbito subjectivo do caso julgado *secundum eventum litis*: semelhantemente ao disposto no art.º 103, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, os terceiros interessados beneficiam, em princípio, do caso julgado favorável, isto é, daquele que respeita a uma decisão de procedência, mas não ficam vinculados a uma sentença de improcedência que resulte de uma insuficiência de prova<sup>59</sup>. Esta eventualidade pode indiciar uma actuação menos diligente do autor da acção popular ou até um conluio entre essa parte e a contraparte demandada, situações nas quais importa proteger os interesses de todos os não intervenientes na acção popular. Algo enigmáticas são, todavia, as razões que podem levar o juiz, nos termos do art.º 19.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95, a restringir o âmbito subjectivo do caso julgado por motivações próprias da situação concreta. Talvez se esteja a pensar nos casos em que o demandante celebrou uma transacção com o demandado e o tribunal entende que ela não deve valer *erga omnes* ou em que o tribunal considera que a acção não pode proceder enquanto acção popular (nomeadamente, porque não foi violado qualquer interesse difuso), mas pode ser procedente em relação ao demandante e ao seu próprio interesse individual.

Posto é que, para que este regime sobre o âmbito subjectivo do caso julgado funcione adequadamente, não existam dúvidas sobre a improcedência da acção por insuficiência de prova e não pela circunstância de o réu ter demonstrado a falta da sua fundamentação. O critério prático para se avaliar se a acção improcedeu por essa referida insu-

<sup>59</sup> Para uma análise do regime brasileiro, cfr. GIDI, *Coisa julgada* cit., 131 ss.

ciência é o seguinte: esse fundamento de improcedência verifica-se sempre que a acção foi julgada improcedente porque o tribunal teve de decidir, segundo o critério estabelecido no art.º 516.º do Código de Processo Civil, uma situação de *non liquet* contra o autor, isto é, teve de julgar a acção improcedente pela insuficiência da prova realizada pelo autor quanto aos factos constitutivos da situação por ele alegada.

Como, na hipótese de a acção popular improceder por insuficiência de provas, pode ser proposta uma outra acção por qualquer outro interessado, o próprio demandante, que, dado o referido *non liquet*, não conseguiu a procedência da acção, vem a beneficiar da eventual procedência desta outra acção. Dado que o próprio demandante que instaurou a primeira acção e que não conseguiu a sua procedência beneficia do caso julgado obtido numa posterior acção popular, existe necessariamente uma confluência de casos julgados contraditórios nesse mesmo sujeito: um que lhe é desfavorável, outro que o beneficia. Esta entorse é, todavia, uma consequência inevitável da eficácia *inter partes* da sentença de improcedência baseada na insuficiência de prova.

A solução adoptada no art.º 19.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95 permite salvaguardar os interesses da parte demandada, porque, se ela provou que não violou ou não ameaça violar o interesse difuso, não poderá ser contra ela proposta por qualquer outro interessado uma outra acção com o mesmo objecto. Nesta hipótese, a improcedência da acção vale *ultra partes*, porque a acção improcedeu pelo facto de a parte demandada ter provado que não violou ou não ameaçou o interesse difuso, pelo que essa parte poderá arguir a excepção de caso julgado numa qualquer outra acção relativa ao mesmo objecto proposta por qualquer outro sujeito (art.ºs 497.º e 498.º do Código de Processo Civil)<sup>60</sup>. O mesmo vale se, após a improcedência da acção popular, alguém pretender tutelar em júízo o seu interesse individual<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Considerando que este regime é inconstitucional, por assentar numa presunção inilidível do conhecimento da pendência da acção popular por todos os interessados, cfr. LEBRE DE FREITAS, *Acção popular* cit., 239.

<sup>61</sup> Diferentemente, FIGUEIREDO DIAS, in *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, 2/1, 1999, 55.



Resta acrescentar que a decisão proferida na acção popular e o respectivo caso julgado podem ser impugnados nos termos gerais. Importa especialmente referir que qualquer terceiro, ou seja, qualquer interessado que não tenha intervindo na acção popular, pode impugnar essa decisão, ainda que transitada em julgado, através do recurso extraordinário de oposição de terceiro, sempre que se tenha verificado uma simulação processual entre as partes daquela acção (art.º 778.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

b. A decisão que proíbe o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais deve especificar o âmbito da proibição, designadamente através da referência concreta do seu teor e a indicação do tipo de contratos a que a proibição se reporta (art.º 30.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 446/85; art.º 11.º, n.º 2, da Lei n.º 24/96); essa decisão será publicitada (art.º 30.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85; art.º 11.º, n.º 3, da Lei n.º 24/96) e registada em serviço próprio (art.º 34.º do Decreto-Lei n.º 446/85)<sup>62</sup>. Quanto à eficácia subjectiva do caso julgado da decisão que decreta a inibição do uso ou recomendação de uma cláusula contratual geral, importa referir que, como acima se mostrou, essa acção inibitória também pode ser uma acção popular, pelo que há que concluir que o regime especial definido para aquela acção no art.º 32.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85 prevalece, na parte em que haja divergência, sobre o regime geral estabelecido para esta última no art.º 19.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95.

O trânsito em julgado da decisão inibitória implica que as cláusulas contratuais gerais que forem objecto de proibição definitiva, ou outras cláusulas que se lhes equiparem substancialmente, não podem ser incluídas em contratos que o demandado (isto é, o proponente das cláusulas) venha a celebrar, nem continuar a ser recomendadas por essa mesma parte (art.º 32.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 446/85; art.º 11.º, n.º 4, da Lei n.º 24/96). Por isso, aquele que venha a ser parte, juntamente com o demandado vencido na acção inibitória, em contratos onde se incluam cláusulas gerais proibidas, pode invocar a todo o tempo, em seu bene-

---

<sup>62</sup> A Portaria n.º 1093/95, de 6/9, incumbiu o Gabinete de Direito Europeu de organizar e manter actualizado o registo das cláusulas contratuais abusivas.

fício, a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória (art.º 32.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85; art.º 11.º, n.º 4, da Lei n.º 24/96). Isto é, não se estende o caso julgado da acção inibitória ao novo demandante, mas permite-se que este demandante se possa servir, na acção proposta contra o proponente vencido, da declaração incidental da nulidade da cláusula contratual geral realizada na acção inibitória.

Visto o problema pelo lado do demandado (na anterior acção inibitória e na nova acção que contra ele é proposta), também existe uma diferença entre o regime geral da acção popular e o regime especial da acção inibitória do uso ou recomendação de cláusulas contratuais gerais. Na verdade, enquanto, no regime geral da acção popular, o demandado pode opor a um novo demandante a excepção de caso julgado e pode, portanto, obstar a uma nova apreciação do mérito da acção (excepto se a decisão absolutória se fundamentou num *non liquet*: art.º 19.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95), no regime previsto para a acção inibitória do uso ou recomendação de cláusulas contratuais gerais o demandado nunca pode opor essa excepção de caso julgado a nenhum novo demandante.

Segundo o regime definido no art.º 19.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95 para o âmbito subjectivo do caso julgado na acção popular, o que é definido no plano abstracto (ou seja, independentemente de qualquer caso concreto) vale igualmente no plano concreto. É isto que justifica que, sempre que a improcedência dessa acção não resulte de uma situação de *non liquet*, o caso julgado nela formado seja oponível em qualquer acção individual proposta por qualquer interessado que não se tenha auto-excluído (cfr. art.ºs 15.º, n.º 1, e 19.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95). Pelo contrário, na acção inibitória do uso ou recomendação de uma cláusula contratual geral, o que é definido no plano abstracto não vale no plano concreto, pois que a circunstância de, na acção inibitória proposta, a cláusula contratual geral não ter sido declarada contrária à boa fé não significa que, no caso concreto, ela não possa ser considerada abusiva <sup>63</sup>.

<sup>63</sup> É por isso que MICKLITZ, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1998, 939 ss., insiste na ideia de que o objecto da acção inibitória é o controlo do abuso e não o controlo da cláusula.

Isto também demonstra que a restrição à eficácia *erga omnes* do caso julgado decorrente da insuficiência de prova como fundamento da decisão absolutória constante do art.º 19.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95 não é transponível para a acção inibitória do uso ou recomendação de uma cláusula contratual geral. Como ficou demonstrado, não é apenas quando a anterior acção inibitória terminou com a absolvição do pedido com base numa situação de *non liquet* que o demandado não pode opor a excepção de caso julgado: ele também não o pode fazer quando a acção inibitória improcedeu por qualquer outro motivo.

### § 3.º Observação final

A acção popular permite, por iniciativa dos próprios interessados, prevenir ou reagir contra a violação de um interesse difuso, sendo um meio de tutela indispensável para a protecção daqueles interesses que, por se encontrarem dispersos por muitos titulares, não encontram facilmente qualquer outra forma de defesa. No entanto, como os interesses difusos possuem uma dupla dimensão supra-individual e individual e, portanto, como a tutela desses interesses deve ser adequada em qualquer desses planos, a acção popular coloca um dilema de difícil solução: para que a tutela atribuída pela acção popular possa ser eficiente, ela tem de abstrair das situações individuais de cada um dos titulares do interesse difuso, isto é, ela tem de dar prevalência à dimensão supra-individual daquele interesse; porém, para que essa tutela possa ser justa, ela não pode ignorar a situação de cada um dos titulares do interesse difuso, ou seja, ela não pode esquecer a dimensão individual desse interesse. A definição de um critério que permita encontrar um compromisso aceitável entre a eficiência e a justiça é um dos maiores desafios colocados à acção popular e às demais formas de tutela colectiva dos interesses difusos<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Para uma tentativa de resolver este conflito, cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Legitimidade Popular* cit., 97 ss. e 170 ss.

# ERRO E TEORIA DA IMPREVISÃO\*

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

Professor Catedrático da Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra

## 1. Tutela da autodeterminação das partes

O *negócio jurídico*, e muito especialmente o *contrato*, constituem uma das manifestações mais relevantes do *princípio da autonomia privada* e, nessa medida, do *poder de autodeterminação* do homem.

A *composição de interesses* a que se chega por *via contratual*, através de um *consenso* obtido a partir da *autonomia e liberdade* de cada um, carece no entanto do *apoio da ordem jurídica* para que possa constituir realmente uma *efectiva e genuína* vertente do *poder de autodeterminação*.

Esse apoio verifica-se em vários planos, desde logo – e desde sempre! – no plano da *tutela da vontade*.

Pretende-se uma vontade *isenta de vícios*. Pois se a vontade se formar de modo viciado, se intervier no processo de formação da vontade

---

\* Texto que serviu de base à intervenção do autor no “Congresso Internacional sobre o Novo Código Civil”, a convite da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, que teve lugar de 4 a 6 de Dezembro de 2002, no Rio de Janeiro, e entretanto publicado na obra italiana “Il Nuovo Codice Civile Brasiliano”, a cura di ALFREDO CALDERALE, Giuffrè Editore, Milano, 2003.

uma qualquer circunstância que perturbe tal vontade, isso reflectir-se-á no acordo das partes e o contrato *deixará de servir* – ou só muito *deficientemente* servirá – de meio de *realização* da autonomia privada.

Daí que todas as ordens jurídicas se preocupem, de há muito, com a protecção da vontade, procurando identificar as tais circunstâncias que *viciam* a vontade e estatuidando que negócios celebrados nessas condições são susceptíveis de ser *invalidados*. *Trata-se dos tradicionais* vícios da vontade, que conduzem, em certos termos, à *anulação do negócio* – o erro é precisamente um desses vícios<sup>1</sup>.

Mas não é só neste plano que a ordem jurídica protege a auto-determinação dos sujeitos. No direito contemporâneo vêm-se fazendo sentir também exigências de outro tipo, exigências de *justiça material*, as quais reclamam que outros aspectos devam ser ponderados, designadamente a condição dos sujeitos, o modo de actuação das partes e o próprio equilíbrio das prestações, seja no momento da conclusão do contrato, seja durante toda a sua vida, “maxime” quando o contrato perdura no tempo.

São chamadas a intervir regras e institutos da maior importância e actualidade, como, entre outras, a proibição de *negócios usurários* e de *cláusulas abusivas*, a proibição do *abuso do direito*, e os *princípios da boa fé*, da redução *equitativa* de penas contratuais excessivas e da resolução ou da modificação do contrato por *alteração anormal das circunstâncias*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Além do erro, é costume incluir nos vícios da vontade o dolo, a coacção moral, a incapacidade accidental e o estado de necessidade. Por todos, pode ver-se, em Portugal, C. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., Coimbra, 1985 (várias vezes reimpressa), pp. 500 e ss, e no Brasil, FRANCISCO AMARAL, *Direito Civil. Introdução*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, São Paulo, 2000, pp. 481,ss.

<sup>2</sup> Sobre este tema, v., entre muitos, por ex., M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9.ª ed., Coimbra, 2001, pp. 205,s, ORLANDO GOMES, *Contratos*, 12.ª ed., Rio de Janeiro, 1987, pp. 25,ss, PAULO LUIZ NETTO LÔBO, *O contrato – exigências e concepções actuais*, São Paulo, 1986, *passim*, CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4.ª ed., São Paulo, 2002, pp. 37, ss e *passim*, LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8.ª ed., München, 1997, pp. 22,ss, 319,ss, 431,ss, 707,ss e 733,ss, e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, 1985 (reimp. 2003), pp. 44,ss.

A este último respeito, não poderá verdadeiramente dizer-se que se esteja perante uma novidade. Já desde a velha cláusula *rebus sic stantibus* que se procuram *temperar os excessos* da regra *pacta sunt servanda*, que se procura reagir contra o *extremo rigor* de uma interpretação *sem limites* do princípio de que os contratos são para cumprir pontualmente. Preocupação sempre presente no pensamento jurídico, como o atestam as várias e importantes tentativas que a doutrina veio apresentando, entre as quais as teorias da *pressuposição*, da *imprevisão* e da *base do negócio*<sup>3</sup>.

Nuns casos, deu-se acolhimento a tal preocupação no Código Civil: assim aconteceu, designadamente, com o *Codice Civile* de 1942, em Itália, e com o *Código Civil português*, de 1966<sup>4</sup>. Noutros casos, foi por *via jurisprudencial* que se acolheram as soluções debatidas e

---

Entretanto, muito recentemente, já em apreciação ao novo Código Civil brasileiro, cfr. GUSTAVO TEPEDINO, *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, in G. TEPEDINO (coord.), *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro, São Paulo, 2002, pp. XV,ss, esp. XXX ss; assim como convém recordar, em geral, LUIZ EDSON FACHIN, *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro, São Paulo, 2000, *passim*, e já antes, FRANCISCO AMARAL, *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional*, Separata da "Revista de Informação Legislativa" a. 26, n. 102, abr./jun. 1989, pp. 207,ss.

<sup>3</sup> Cfr., por ex., C. MOTA PINTO, *Teoria Geral*, cit., pp. 597,ss, ANTUNES VARELA, *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*, Coimbra, 1950, pp. 263,ss e 323,ss, e sobretudo L. CARVALHO FERNANDES, *A teoria da imprevisão no direito português*, no "Boletim do Ministério da Justiça" (BMJ) n.º 128, entretanto reimp. com nota de actualização, Lisboa 2001.

<sup>4</sup> Cfr., ainda, VAZ SERRA, *Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias* (trabalho preparatório do Código Civil de 1966), no BMJ n.º 68, pp. 293,ss, A. MENEZES CORDEIRO, *Da alteração das circunstâncias*, Separata dos "Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha", Lisboa, 1987, e ALDO BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952, *passim*. Sobre o problema, em geral, numa perspectiva comparatística, cfr. DENIS-M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, 1986; ver ainda TREITEL, *Frustration and force majeure*, London, 1994. Numa perspectiva mais geral e à luz dos princípios do UNIDROIT, pode ver-se DIEGO CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi UNIDROIT*, in "Iuris Vincula", Studi in onore de Mario Talamanca, pp. 227,ss.

aprofundadas pela doutrina: merece que se destaque, a este propósito, a experiência alemã<sup>5</sup>. No Brasil, por último, o novo Código Civil acaba de consagrar a doutrina da resolução por *oneriosidade excessiva* (arts. 478-480), apesar de a mesma não poder considerar-se desconhecida da ordem jurídica brasileira<sup>6</sup>.

É claro que ao dar-se juridicamente relevo à doutrina da imprevisão<sup>7</sup> é a exigências de *justiça material* que se está a dar guarida. Isso é particularmente nítido em ordenamentos, como o português, em que a *boa fé* constitui um dos requisitos, expressos na própria letra da lei, de que depende a relevância da alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar (art. 437.<sup>o</sup>)<sup>8</sup>. Mas isso não significa que tais exigências nada tenham que ver com o acordo das partes, que sejam alheias à autonomia dos sujeitos. Pelo contrário, entendemos que atribuir relevo jurídico à doutrina da imprevisão, permitir que o contrato possa ser resolvido ou modificado *quando as*

<sup>5</sup> Ver, por ex., LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 3.<sup>a</sup> ed., München e Berlin, 1963, *passim*, FIKENTSCHER, *Die Geschäftsgrundlage als Frage der Vertragsrisikos*, München, 1971, *passim*, e EIMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 4.<sup>a</sup> ed., München, 1997, pp. 309,ss. Entretanto, tais soluções do *Richterrecht* constam hoje do BGB (§ 313), por via da *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, de 26 de Novembro de 2001.

<sup>6</sup> Ver, por ex., ARNOLDO WALD, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. II, *Obrigações e contratos*, 13.<sup>a</sup> ed., com a colab. de SEMY GLANZ, São Paulo, 1998, pp. 242,ss, assim como LUIZ ROLDÃO de FREITAS GOMES, *Contrato*, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, São Paulo, 2002, pp. 155,ss. Mais recentemente, antes do novo Código Civil, foi o Código do Consumidor (art. 6.<sup>o</sup>, V, da Lei n.<sup>o</sup> 8.078, de 11 de Setembro de 1990) a acolher expressamente esta doutrina: v., a propósito, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do Anteprojecto, 5.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1998, pp. 106,ss.

<sup>7</sup> Ou a doutrinas equiparáveis, a doutrinas com a mesma preocupação e finalidade, ainda que em termos não de todo coincidentes, como a doutrina da base do negócio (ou a doutrina da alteração anormal das circunstâncias, no caso do direito português: art. 437.<sup>o</sup> do Código Civil em vigor, de 1966).

<sup>8</sup> Não deixa mesmo de haver quem entenda que o instituto da alteração das circunstâncias vê o seu campo de aplicação reduzido, pois ter-se-á que recorrer, antes de tudo, às teorias do risco, da protecção da confiança e da interpretação contratual. Dando conta dessas tendências, pode ver-se, por ex., MENEZES CORDEIRO, *Da alteração das circunstâncias*, cit., pp. 27, s, e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 296.

*circunstâncias que estiveram na base do compromisso assumido se alteram em certos termos, significa proteger esse acordo, significa tutelar a autodeterminação das partes.*

Podemos assim concluir, desde já, que tanto o erro como a alteração das circunstâncias (ou a imprevisão) são institutos que procuram, em *diferentes momentos* e em *diversos planos*, tutelar a autonomia do homem e proteger o contrato, fruto dessa autonomia. Com a doutrina do erro tutela-se a vontade, recaindo essa tutela na fase em que o compromisso se assume; com a doutrina da imprevisão tutela-se cada parte perante acontecimentos supervenientes que rompam o equilíbrio contratual a que se tinha chegado – num caso e no outro é o *acordo das partes* que se procura salvaguardar, na sua formação e execução.

## 2. Linha de fronteira

Esta ligação entre as doutrinas do erro e da imprevisão, quanto ao seu *fundamento* último, já justificaria, por si só, a escolha do tema para este Congresso.

Mas há uma outra razão para esta escolha, e é essa, verdadeiramente, a razão determinante da nossa opção: traçar a *linha de fronteira* entre ambos os institutos.

O que nem sempre se afigura fácil, mas é muito importante, inclusive em direitos, como o português, em que uma determinada espécie de erro – o *erro sobre a base do negócio* – fica dependente, quanto à sua relevância, dos *mesmos pressupostos* a que a lei submete o relevo da alteração superveniente das circunstâncias (arts. 252.º, n.º 2, e 437.º, n.º 1). É que essa *identidade de regime* jurídico, quanto aos seus *pressupostos*, não apaga, segundo a melhor doutrina, as *diferenças* entre ambas as figuras, quanto à respectiva *consequência*: anulabilidade do negócio, no caso do erro; resolução ou modificação, no caso de alteração anormal das circunstâncias<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Doutrina dominante em Portugal: ver, por todos, PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra, 1995, p. 353, nota 357.



Há assim que *distinguir* ambas as figuras, o que, repetimos, nem sempre se afigura simples. E há sobretudo que ponderar se é de admitir o chamado “*error in futurum*”, há que ponderar em que termos é de compreender o denominado *erro de previsão*.

É este, verdadeiramente, o problema que pretendemos tratar. Antes, porém, recordaremos, em duas palavras, o essencial das doutrinas do erro e da imprevisão.

### 3. Erro

À partida, há que distinguir duas modalidades de erro: por um lado, o *erro-obstáculo* ou *erro na declaração*; por outro lado, o *erro-vício* ou o erro como *vício da vontade*.

O primeiro é causa de uma *divergência não intencional entre a vontade e a declaração*: por erro, um sujeito quer uma coisa e diz outra – a declaração não coincide com a sua vontade real.

Já no segundo não se verifica tal divergência. A declaração corresponde à vontade real do agente. Acontece, porém, que essa vontade foi formada de modo *deficiente*, está inquinada por algum *vício*, por alguma circunstância que impediu que ela se tivesse *formado* correctamente. Poder-se-á falar, também aqui, de divergência, mas não de uma divergência entre a vontade e a declaração – haverá, sim, uma divergência entre a vontade real do agente e a *vontade que ele teria tido* (uma vontade hipotética...) se não tivesse intervindo a tal circunstância que *viciou* a sua vontade real<sup>10</sup>. A anomalia não ocorre na declaração, mas na *formação* da vontade: é o *erro-vício*<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. FRANCISCO AMARAL, *Direito Civil. Introdução*, cit., p. 484, e C. MOTA PINTO, *Teoria Geral*, cit., p. 506.

<sup>11</sup> Entre muitos, cfr. ainda, por ex., em Portugal, o estudo clássico de FERRER CORREIA, *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, Coimbra, 1985, 3.ª reimp., *passim*, e, mais recentemente, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, *Parte Geral*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra, 2000, pp. 597, ss e H. E. HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1992, pp. 568,ss, e no Brasil, recentemente, já em face do *novo* Código Civil, ANA LUIZA MAIA

Como vício da vontade, o erro consiste no *desconhecimento* ou numa *falsa representação da realidade*. Para relevar juridicamente terá de ser *essencial* (ou “substancial”, como diz a lei brasileira: Código Civil, art. 86; novo Código Civil, art. 138), isto é, terá de ter sido *determinante* da celebração do negócio, de tal modo que, sem ele, o negócio não teria sido celebrado. Se o erro incidir apenas nos termos em que o negócio é celebrado, diz-se que ele é meramente incidental, não permitindo, em princípio, a anulação do negócio, mas, tão-só, a sua modificação (a pessoa, por exemplo, sempre teria comprado aquele objecto, mas por preço diferente, se soubesse que ele não era de ouro).

Por outro lado, costuma ainda exigir-se que o erro seja *próprio*, isto é, que ele não incida sobre uma circunstância que constitua requisito legal da validade do negócio. A verificar-se esta situação, a invalidade do negócio resultará da falta desse requisito legal e não do erro.

Mas já não nos parece de exigir – pelo menos no direito português – que o erro seja *desculpável*<sup>12</sup>. O que não significa, todavia, que não possa recair sobre o errante que dê causa, por culpa sua, à anulação do negócio, a obrigação de indemnizar o outro contraente, por *responsabilidade pré-contratual* (no direito português, art. 227.º do Código Civil).

Voltando ao erro substancial, ele pode referir-se à natureza do negócio (*error in negotium*), ao objecto principal da declaração (*error in corpore* ou *error in substantia*), na sua identidade ou qualidades, assim como à pessoa a quem se reporte a declaração, também aqui na

---

NEVARES, *O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil*, in GUSTAVO TEPEDINO (coord.), *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, cit., pp. 251,ss, sendo de recordar, entre outros, CAIO MÁRIO da SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 19.ª ed., Rio de Janeiro, 2002, pp. 323,ss, e ANTÓNIO JUNQUEIRA de AZEVEDO, *Negócio Jurídico*, 4.ª ed., São Paulo, 2002, pp. 112,ss.

<sup>12</sup> É a doutrina dominante: ver, por todos, C. MOTA PINTO, *Teoria Geral*, cit., pp. 511-512; cfr., porém, com outra opinião, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, II, Coimbra, 1999, pp. 120,ss. No direito brasileiro parece que a doutrina dominante considera dever o erro ser *desculpável*: assim, por ex., FRANCISCO AMARAL, *op. cit.*, pp. 487-488, CAIO MÁRIO da SILVA PEREIRA, *op. cit.*, pp. 329-330, e ANA LUIZA M. NEVARES, *op. cit.*, pp. 255-256; v., porém, as reservas levantadas por ANTÓNIO JUNQUEIRA de AZEVEDO, *op. cit.*, pp. 114-116.

sua identidade ou qualidades (*error in persona*): arts. 86-88 do Código Civil brasileiro e arts. 138 e 139 do novo Código Civil. Quando o erro disser meramente respeito aos simples motivos internos de cada um, às razões do foro íntimo ou às representações psíquicas internas que não ultrapassem esse plano, ele será em princípio irrelevante, salvo, como diz o Código Civil brasileiro, quando “a falsa causa” ou “o falso motivo” for expresso “como razão determinante ou sob forma de condição” (arts. 90 e 140, respectivamente, do antigo e do novo Código Civil)<sup>13</sup>.

A situação é semelhante no direito português. O Código Civil trata do erro-obstáculo ou erro na declaração no art. 247.º (dedicando os arts. 249.º e 250.º, respectivamente, ao erro de cálculo ou de escrita e ao erro na transmissão da declaração), e é nos arts. 251.º e 252.º que acolhe o erro-vício. Este pode dizer respeito, na sua identidade ou nas suas qualidades, à *pessoa* do declaratário ou ao *objecto* do negócio (art. 251.º, aqui se incluindo também o *erro sobre a natureza do negócio*, enquanto objecto imediato)<sup>14</sup>. Fora destes casos, o erro só será relevante “se as partes houverem reconhecido, *por acordo*, a essencialidade do motivo” determinante da vontade de alguma delas (arts. 252.º, n.º 1). Todavia, independentemente desse acordo, o erro já será relevante se “recair sobre as circunstâncias que constituem a *base do negócio*” (art. 252.º, n.º 2). Neste caso, a lei manda aplicar a esta situação o disposto no art. 437.º sobre as condições em que releva a alteração anormal das circunstâncias. Como dissemos atrás, é de entender, em conformidade com a doutrina dominante, que a remissão para o art. 437.º *se restringe* aos *pressupostos* da relevância do erro, não desencadeando a sanção desta norma, antes a que é típica do erro, enquanto vício contemporâneo da formação do negócio, que é sempre a anulabilidade.

#### 4. Alteração superveniente das circunstâncias

Já dissemos atrás que não é uma preocupação recente esta de saber que relevo jurídico deve reconhecer-se às relações entre o contrato

<sup>13</sup> Cfr., a propósito, FRANCISCO AMARAL, *Direito Civil*, cit., pp. 486-488.

<sup>14</sup> Cfr. C. MOTA PINTO, *Teoria Geral*, cit., pp. 507 e 517.

e o tempo e, mais exactamente, às repercussões do decurso do tempo no vínculo contratual anteriormente assumido pelas partes. Tais relações têm suscitado algumas das questões mais complexas e delicadas, com respostas diferentes na doutrina e em várias ordens jurídicas<sup>15</sup>.

Com a celebração de um contrato nasce um conjunto de direitos e deveres para as partes. Mas certas circunstâncias supervenientes podem determinar que deixe de valer o que já valeu e que não tenha que se prestar o que em um momento inicial se tinha que prestar – o sistema jurídico tem que encarar a questão sempre renovada de saber se, e em que medida, é que certas circunstâncias exteriores ao contrato devem ou não influir neste. Duas vias podem abrir-se: uma que se move “para fora” do contrato, mediante o apelo a princípios mais gerais do sistema jurídico; e outra que se dirige “para dentro” do contrato e que o encara como auto-referencial, invocando a sua interpretação, as regras legais que o regem e considerando que os limites do contrato devem resultar dele próprio<sup>16</sup>.

Toda a solução nesta matéria terá de representar, de algum modo, um compromisso. Por um lado, sempre o contrato, mormente o que se destina a vigorar por um certo período, *coenvolve a assunção de um risco*<sup>17</sup>. Contratar é, desde logo, planificar, antecipar o futuro e, mesmo, de certo modo, “trocar” o presente pelo futuro ou, vice-versa, assumir uma desvantagem presente em troca de uma vantagem futura. A *tutela das expectativas* e a *protecção da confiança* exigem que se assegure o

---

<sup>15</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/JÚLIO GOMES, A “*hardship clause*” e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento), in “Juris et de jure – Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP – Porto”, Porto, 1998, pp. 17,ss.

<sup>16</sup> Cfr., a propósito, HANS-GEORG DEGGAU, *Die Geschäftsgrundlage. Eine methodische Irritation der Zivilrechtsdogmatik. Alternative Lösungswege in der Geschäftsgrundlagenlehre*, in “Recht und Risiko”, coord. Jörg Finsinger e Jürgen Simon, München, 1988, pp. 215,ss.

<sup>17</sup> Cfr., por ex., FIKENTSCHER, *Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos*, cit., p. 31, e KEGEL, *Empfiehl es sich, den Einfluss grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchen Sinn? (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Leistungsverweigerungsrecht)*, “Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag”, pp. 138,ss, p. 140: “contratar é prever. Der Vertrag ist gefährlich und soll gefährlich sein”.

cumprimento do que tiver sido previamente acordado; esse cumprimento impõe-se, aliás, não só de uma perspectiva utilitarista, mas também porque a assunção de um risco corresponde a uma manifestação da autonomia, de uma forma emancipada e auto-responsável de condução da própria vida.

Por outro lado, contudo, há que fazer outro tipo de ponderações. O contrato não é um fenómeno isolado. Ocorre inserido numa realidade social e humana, imerso num ambiente ou *background* que não pode ser ignorado. A economia do contrato pode ver-se radicalmente *alterada* por factores que, tantas vezes, as partes não controlam e sobre as quais podem nem sequer ter formado qualquer representação. Em tais hipóteses não falta quem tenha afirmado que o contrato cujo cumprimento é agora exigido não é, na realidade, o mesmo que as partes celebraram.

A delicadeza do problema dificulta a opção a tomar e sobretudo torna evidente que a fronteira entre as situações em que uma alteração superveniente das circunstâncias será considerada irrelevante e aquelas em que, pelo contrário, lhe será atribuída importância, se revela sempre muito difícil de precisar. Qualquer indagação, ainda que muito breve, de direito comparado, logo mostra a profusão de respostas, de índole diversa, que vêm sendo dadas. O que constituirá um incentivo a que muitas vezes sejam as próprias partes a procurar, por acordo prévio, uma solução para o problema, através das denominadas *cláusulas de "hardship"*, sobretudo no comércio internacional<sup>18</sup>.

No direito português, o Código Civil de 1966 não se mostrou insensível à questão, dedicando uma subsecção (arts. 437.º-439.º) ao problema da "*resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias*". Nos termos do art. 437.º, n.º 1, "*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*

---

<sup>18</sup> Pode consultar-se, de novo, o nosso trabalho, já referido, A "*hardship clause*" e o problema da alteração das circunstâncias, cit., pp. 21, s e *passim*. A existência de tais cláusulas suscitará, entre muitos outros, o problema de saber como se relacionam elas com os preceitos legais que disciplinem a alteração superveniente das circunstâncias, quando for esse o caso.

das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da *boa fé* e não esteja coberta pelos *riscos* próprios do contrato”.

É visível nesta norma a influência da teoria alemã da *base negocial* (Oertmann), com a formulação de Lehmann e os contributos, entre outros, de Larenz e de Manuel de Andrade<sup>19</sup>.

Como já vimos, o Código Civil português lida com o problema da base do negócio em dois lugares distintos: em sede de erro, no art. 252.º, n.º 2, e em sede de *alteração anormal das circunstâncias*, no art. 437.º. No primeiro caso, o erro reporta-se ao presente ou ao passado, enquanto que, no segundo caso, a alteração das circunstâncias reporta-se obviamente ao futuro.

A preocupação em assegurar a *estabilidade* dos contratos é visível na forma cautelosa como o art. 437.º tem sido aplicado pelos tribunais e no carácter de algum modo excepcional que lhe é atribuído<sup>20</sup>. A alteração das circunstâncias deve ser uma alteração *anormal* e com consequências tais que a exigência do cumprimento inalterado do contrato implicaria, cumulativamente, um prejuízo dos princípios da *boa fé* e a imposição de uma situação que não corresponderia aos *riscos próprios do contrato*.

Quanto ao direito brasileiro, o novo Código Civil veio finalmente consagrar uma solução expressa para o problema, na linha do modelo que se vinha já desenhando na ordem jurídica brasileira a partir de várias intervenções avulsas, solução esta favorável à *doutrina da imprevisão*, acolhendo o princípio da *resolução por onerosidade excessiva* (art. 478), igualmente consagrado no *Codice* italiano de 1942 (art. 1467)<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> C. MOTA PINTO, *Teoria Geral*, cit., pp. 591,ss, esp. 599-604, e VAZ SERRA, *Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias*, cit., pp. 293, ss.

<sup>20</sup> Excepcional, diríamos, não só perante o princípio da *força obrigatória do contrato* (art. 406.º, n.º 1, do Código Civil), mas também perante outras regras e institutos que precedem a aplicação do art. 437.º: assim, como já dissemos *supra*, as regras sobre a distribuição do risco, sobre a protecção da confiança e sobre a interpretação contratual (cfr. GERNHUBER/GRUNNEWALD, *Bürgerliches Recht*, 4.ª ed., München, 1998, pp. 59-61, e *supra*, nota 8).

<sup>21</sup> Sobre a teoria da imprevisão no direito brasileiro e as várias intervenções normativas na ordem jurídica brasileira a partir da crise económica de 1930, até ao

## 5. Aplicação do bem a fim diferente do declarado

Posto isto, passamos a falar agora do problema a que já atrás nos referimos, relativo à *fronteira* entre o erro e a imprevisão. Em termos breves, o problema pode enunciar-se do seguinte modo: “*quid iuris*” se o comprador der à coisa destino diferente do que havia declarado? Admitamos, por hipótese, que o comprador *declara* que irá dar ao prédio *determinada utilização*. E que, concretizado o negócio, o comprador vem a dar ao bem adquirido uma outra *finalidade*, um *destino diverso*. Poderá o vendedor reagir? De que modo?<sup>22</sup>.

Esta questão não deve confundir-se com uma outra, quando se trata de saber se poderá o *comprador* desvincular-se caso não seja possível obter o fim que pretendia (a construção da sua residência, por exemplo, ou a instalação de determinada indústria, por a respectiva licença ter sido recusada). É que no problema que nos propomos tratar é o *vendedor* que pretende desfazer o negócio por o comprador utilizar o bem para fim diferente do que tinha declarado.

O problema é amplo, complexo e envolve múltiplas facetas. A via mais percorrida tem sido a do *erro*. Mas também o instituto da *alteração superveniente das circunstâncias* vem sendo convocado. E outras figuras se mostram com vocação para intervir, desde a *resolução do contrato por não cumprimento ao enriquecimento sem causa*. Assim como outros temas são suscitados, entre eles o da *relação obrigacional complexa*, sendo certo que haveria ainda lugar para visitar velhos e debatidos problemas, como o da *causa* e o da relevância a atribuir aos *motivos* dos contraentes. No entanto, neste trabalho *iremos limitar o campo de análise*, preocupando-nos fundamentalmente apenas com os casos que envolvam problemas de *delimitação* do erro perante a doutrina da imprevisão<sup>23</sup>.

---

Código de Defesa do Consumidor de 1990 (Lei n.º 8.078, de 11.9.90 – art. 6.º, V), v., por exemplo, ARNOLDO WALDO, *Curso de direito civil brasileiro*, vol. II, *Obrigações e contratos*, cit., pp. 242, ss, esp. 249, ss, assim como NELSON BORGES, *Da cláusula “rebus sic stantibus” à teoria da imprevisão*, Coimbra, 1988, esp. pp. 172, ss.

<sup>22</sup> Este problema é o ponto de partida do nosso trabalho sobre *Erro e vinculação negocial*, Coimbra, Almedina, 2002, que vamos seguir de perto em vários momentos.

<sup>23</sup> Essas outras facetas que toda esta problemática envolve são por nós analisadas no trabalho referido na nota anterior: cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Erro e vinculação negocial*, cit., *passim*.

Vamos servir-nos, para o efeito, de algumas situações tiradas da jurisprudência portuguesa.

Num caso, a Câmara Municipal de Lisboa (ou seja, a *Prefeitura*) adquiriu, por contrato de compra e venda, um prédio urbano, que declarou *destinar a arruamento*; a Câmara, porém, fez depois demolir aquele prédio e do terreno em que ele assentava vendeu um lote a uma sociedade *com destino à construção de prédio de rendimento*. Entendeu-se que havia lugar à *anulação* do contrato, por *erro sobre as qualidades do objecto*. Assim decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, por Acórdão de 2 de Fevereiro de 1971<sup>24</sup>.

Numa outra situação, a Câmara Municipal de Cascais comprou um prédio urbano que declarou para *fins de urbanização* e destinado a ser demolido e integrado o respectivo terreno num *largo público*; a Câmara, porém, veio a ceder parte desse terreno a uma sociedade para *fins de construção urbana*. O contrato foi *resolvido*, nos termos do n.º 2 do art. 252<sup>l</sup>, com fundamento em *erro sobre a base do negócio*. Trata-se da solução a que chegou o Supremo, no seu Acórdão de 2 de Novembro de 1977<sup>25</sup>.

Finalmente, num outro caso, a Câmara Municipal de Espinho comprou um prédio rústico para instalação de um *parque de campismo*; sucede, porém, que *não foi possível construir no local o pretendido parque* porque o Supremo Tribunal Administrativo *anulou* o acto de declaração de utilidade pública da expropriação de terrenos de outros proprietários abrangidos pelo mesmo parque, que se haviam recusado a vender os terrenos à Câmara. O contrato de compra e venda foi *anulado*, nos termos do n.º 2 do art. 252.º, por se ter entendido que os factos configuravam um *erro sobre a base do negócio*: Acórdão da Relação do Porto de 8 de Maio de 1986<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> No BMJ n.º 204, pp. 131 e ss.

<sup>25</sup> No BMJ n.º 271, pp. 190, ss. Este Acórdão do STJ confirmou o Acórdão da Relação de Lisboa de 25 de Junho de 1976 (in BMJ n.º 260, p. 175).

<sup>26</sup> In "Colectânea de Jurisprudência" (CJ), ano XI, tomo 3, p. 190. Observe-se que no BMJ n.º 348, p. 470, se sumaria um outro Acórdão da Relação do Porto, de 13 de Junho de 1985, sobre um caso idêntico.



Três casos que apresentam *em comum* o facto de o comprador ter declarado que adquiriria o bem *para um certo fim* (arruamento, largo público, parque de campismo), vindo a dar-lhe depois um *destino diverso* (construção de prédio urbano<sup>27</sup>) – e que têm também em comum o facto de terem sido reconduzidos ao problema do *erro*, “maxime” do *erro sobre a base do negócio*, hoje previsto no art. 252.º, n.º 2.

Mas há pelo menos um aspecto em que estes casos *se distinguem*: nos dois primeiros terão sido *razões de conveniência das próprias Câmaras* que as levaram a dar à coisa adquirida um destino diferente do que haviam declarado aos vendedores; no último, porém, foram circunstâncias *exteriores* (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo) que *impediram* a respectiva Câmara de fazer aquilo que declarara (o parque de campismo).

*Em comum* apresentam ainda o facto de ter sido julgado tratar-se de um problema de *erro dos vendedores*: se estes soubessem que ao bem vendido viria a ser dado destino diferente do que esperavam, não teriam feito o negócio: ele só foi efectuado porque os vendedores estavam convencidos de que ao prédio iria ser dado um certo destino.

E mesmo quando se recusa a anulação por erro, como sucedeu, mais recentemente, com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Maio de 1994, é porque se julga que não estarão verificados os seus requisitos legais, sem contudo se afastar o *enquadramento do erro* para tal tipo de situações: “*in casu*”, tratava-se de um terreno que a compradora afirmara destinar a parque de estacionamento, tendo mais tarde, porém, construído nele um prédio para habitação<sup>28</sup>.

Diga-se desde já que discordamos deste entendimento. A nosso ver, as situações descritas não podem ser enquadradas no âmbito do erro. *Não há aqui nenhum erro*, em sentido *técnico-jurídico*. A existir erro, ele só poderia ser um *erro-vício*, fosse sobre o *objecto* (como decidiu o Acórdão do STJ de 2 de Fevereiro de 1971), fosse sobre a

---

<sup>27</sup> Excepto no caso do parque de campismo, embora também aí o comprador não tenha dado à coisa adquirida o destino declarado.

<sup>28</sup> Este Acórdão do STJ (in BMJ n.º 437, pp. 486,ss) revogou o Acórdão da Relação do Porto de 9 de Fevereiro de 1993 (in CJ ano XVIII, tomo I, pp. 225, ss).

*base do negócio* (entendimento perfilhado pelos Acórdãos do STJ, de 2 de Novembro de 1977, e da Relação do Porto, de 8 de Maio de 1986, e que seria preferível). Simplesmente, *em nenhuma destas situações há erro*, em nenhuma delas ocorre esse *vício da vontade*, em nenhuma delas existe uma *falsa ou deficiente representação da realidade*.

É certo que o comprador não vem a dar à coisa adquirida o destino que *declarara dar-lhe*, destino este que pode ter sido decisivo para o vendedor, pode ter sido determinante da decisão de contratar, de tal modo que *se soubesse* que o comprador viria a dar à coisa outro destino ele não teria contratado. O vendedor, contudo, *não incorreu em erro – o comprador é que não agiu de acordo com aquilo que o vendedor esperava dele*.

E muitas outras situações deste tipo se poderiam ainda figurar.

Assim, por ex., *quid iuris* se A, conhecido apoiante da causa dos consumidores, vender a B, associação de defesa do consumidor, uma casa que esta afirmara destinar à sua sede, tendo-lhe dado depois outro destino?

*Quid iuris* se C vender a sua casa de família a D, porque este lhe dissera ir instalar aí a associação cultural da terra, vindo o comprador, contudo, após o negócio se ter realizado, a dar a casa à filha para esta aí viver?

*Quid iuris* se E decidir vender (ou doar!) à Igreja da aldeia a capela da sua casa, que se encontra num imóvel em degradação, e o pároco a destinar depois a garagem para o seu automóvel?

Por último, *quid iuris* se F declarar vender a um conhecido clube de futebol da cidade (e do país) uma quinta para o clube instalar aí o seu complexo desportivo, “maxime” o estádio de futebol, e este vier mais tarde a construir, numa parcela do terreno adquirido, um edifício para comércio?

Aqui temos mais um conjunto de situações a evidenciar a enorme importância e actualidade do problema. Porém, como dissemos atrás, não vamos aqui analisar especificamente estas situações, pois neste trabalho preocupa-nos apenas a *delimitação* do erro perante a doutrina da imprevisão. Observe-se, numa nota adicional, que se, nuns casos, o vendedor porventura sempre teria celebrado o negócio, mas *por preço superior*, em outros casos, porém, ele *não teria celebrado* de todo o

negócio se soubesse ou previsse que o destino do bem viria a ser o que o comprador acabou por lhe dar.

Situações semelhantes podem ocorrer no âmbito da *expropriação por utilidade pública*, sendo expressamente reguladas pelo Código das Expropriações. Assim, se no prazo de dois anos, após a data da adjudicação, o bem expropriado *não for aplicado ao fim que determinou a expropriação*, ou se, antes de decorridos vinte anos sobre aquela data, *lhe for dado destino diferente*, pode o expropriado requerer à entidade que declarou a utilidade pública da expropriação que o bem regresse ao seu património, ao abrigo, precisamente, do *direito de reversão*, que a lei consagra para sua garantia<sup>29</sup>.

*Quid iuris*, todavia, se os bens não tiverem sido expropriados, antes transmitidos por força de um vulgar contrato de compra e venda, fora de qualquer processo ou contexto expropriativo?

Um primeiro passo se pode desde já ensaiar: se não houver a mínima referência ao destino do bem, seja no contrato, seja, ao menos, no processo negocial, torna-se em princípio *irrelevante* o destino que o comprador lhe vier a dar; o contrato de compra e venda, em si

---

<sup>29</sup> Cfr. arts. 5.º e 74.º-7.º do Código das Expropriações em vigor, aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro. A doutrina sublinha que o *fundamento* do direito de reversão é a garantia constitucional do direito de propriedade privada: assim, expressamente, FERNANDO ALVES CORREIA, *A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre expropriações por utilidade pública e o Código das Expropriações de 1999*, in RLJ ano 132.º, pp. 194, ss (II, n.º 3); no mesmo sentido, J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 1993, anot. XV ao art. 62.º da Constituição. Este entendimento foi também perflhado pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 827/96, de 26 de Junho de 1996 (in DR, II Série, de 4 de Março de 1998), que julgou inconstitucional, por violar o art. 62.º da Constituição, o art. 7.º, n.º 1, do Código das Expropriações de 1976, norma que dispunha que quando a entidade expropriante fosse de direito público não havia direito de reversão, salvo se o expropriado fosse uma autarquia local.

Refira-se, a propósito, que o direito de reversão vem de longe (para não recuarmos mais, basta lembrar que já a Lei 2030, de 22 de Julho de 1948, o consagrava expressamente no seu art. 8.º), pese embora a estranha limitação (que implicava praticamente a sua rejeição) do já referido art. 7.º, n.º 1, do Código das Expropriações de 1976, para voltar a ser retomado, com o figurino que haveria de manter no actual Código, pelo Código das Expropriações de 1991 (art. 5.º).

mesmo, é *neutro* quanto às finalidades ou motivos dos contraentes. Na generalidade dos casos, o comprador paga o preço, recebe a coisa e dá-lhe o destino que muito bem entender, nada tendo o vendedor a ver com isso.

Mas a situação poderá ser diferente quando se declara o destino do bem. Surge então, logo à partida, o problema fundamental de saber *em que termos* releva essa declaração, o que implica ter de se apurar, por *via hermenêutica*, o *valor* que deve atribuir-se à declaração do adquirente sobre o destino do bem.

Várias interrogações surgem, neste caso: que sentido tem tal declaração? Que valor deve atribuir-se-lhe? Faz parte do conteúdo do contrato? Como se apura este? Também por via da integração? Estar-se-á perante um simples motivo de alguma das partes, como tal irrelevante? Ou, pelo contrário, fará parte da base do negócio?

Como se vê, há que ponderar várias questões. Uma delas é a questão nuclear relativa ao *âmbito da vinculação negocial*. E se for de concluir que se está em face de uma obrigação válida e eficazmente assumida, será a *resolução por não cumprimento* a via que parece mais adequada a tutelar o direito do vendedor.

A jurisprudência portuguesa tem privilegiado, como vimos, outros caminhos, com destaque para a *anulação por erro*. Já há pouco dissemos que não concordamos com esta perspectiva.

É que, a nosso ver, não há aqui qualquer erro, em sentido próprio, técnico-jurídico. *Não se desconhece a realidade nem se faz dela uma falsa ou deficiente representação* – e só nesse caso é que haveria erro, é que a vontade estaria viciada, como sucederia, por exemplo, se à data da celebração do contrato já tivesse sido proferido o Acórdão do STA ou existisse qualquer outro impedimento à construção do parque de campismo, ignorado pelos vendedores. Ora, como as coisas se passaram, poderá dizer-se que se “erra”, sim, *quanto ao futuro*, mas isso *não é um erro* em sentido próprio, é uma falha na *previsão*, é uma *falsa ou deficiente previsão*, cujo enquadramento adequado é o art. 437.º.

Não se mostra necessário recorrer actualmente ao chamado “error in futurum”, perante a consagração clara, pelos arts. 437.º e ss., do instituto da alteração das circunstâncias. *Uma deficiente previsão do evoluir das circunstâncias* – um “error in futurum” – *releva se e na*

*medida em que se verificarem os requisitos do art. 437.º; não é um caso de erro nem tem autonomia em face desta norma.*

Na verdade, o erro-vício consiste no desconhecimento ou numa falsa representação da *realidade*; se, pelo contrário, a falsa representação se reportar ao *futuro*, é a *previsão* que falha ou o quadro de acontecimentos *pressuposto* que não se verifica ou evolui em termos diferentes do previsto, caso em que será de recorrer ao instituto da *alteração das circunstâncias* e apurar se essa falsa representação reúne os pressupostos que este instituto requer para relevar juridicamente.

Figure-se o seguinte exemplo de escola. Uma empresa de construção compra um terreno para aí construir um prédio urbano com determinadas características: o caso configura (ou pode configurar) uma hipótese de erro sobre a base do negócio (e eventualmente até de erro sobre o objecto) *se tivesse sido já aprovada* uma deliberação da respectiva Câmara Municipal a destinar aquele terreno a zona verde ou a uma qualquer estrada (ou, porventura, se houvesse já uma decisão do Governo a impor a co-incineração, por uma qualquer cimenteira próxima, de resíduos tóxicos!), *sem que o comprador soubesse*; mas já será um caso a enquadrar no instituto da alteração das circunstâncias se essa deliberação só vier a ocorrer *posteriormente* à celebração do negócio.

Por isso é largamente dominante a opinião segundo a qual o *erro se reporta ao presente ou ao passado* enquanto a *pressuposição* se refere ao *futuro*. Era já essa, na vigência do Código antigo, a posição clara de Manuel de Andrade<sup>30</sup> e de Galvão Telles<sup>31</sup>. Na actualidade,

---

<sup>30</sup> “As soluções a que vamos chegar quanto à teoria da pressuposição são muito próximas daquelas a que chegámos quanto ao erro acerca da causa. Mas a distinção pode estabelecer-se nos seguintes termos: estaremos no *domínio da pressuposição* se a circunstância ou situação pressuposta se referir ao *futuro*; estaremos já na *teoria do erro* se tal acontecimento ou estado de coisas se referir ao *presente ou ao passado*”: MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 1972 (reimp.), p. 404.

<sup>31</sup> “O erro tem de respeitar a circunstâncias *passadas* ou *presentes*. Quanto ao futuro, não pode haver *erro* mas *imprevisão*”: INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 3.ª ed, Lisboa, 1965, p. 76, nota (2)

com o Código Civil de 1966, saiu reforçada a defesa dessa posição<sup>32</sup>, expressamente assumida por Mota Pinto<sup>33</sup> e a generalidade da doutrina<sup>34</sup>.

O que acabamos de dizer *não obsta* a que, por vezes, se possa efectivamente tratar de um *erro do vendedor*. Já mostrámos não ser esse o caso do “error in futurum”, assim como entendemos que não era esse o enquadramento adequado nos casos do arruamento, do largo público e do parque de campismo, ou em outros do mesmo género. Mas já nos parece correcto situar nos quadros do erro a situação julgada pelo Acórdão da Relação do Porto de 9 de Fevereiro de 1993, por seguir o *critério adequado*. Aí se ajuizou, com acerto:

“No caso presente trata-se de um *vício na formação do contrato*, de um *erro* sobre as potencialidades construtivas de um terreno, *referido ao momento da celebração do contrato*, provocado por uma *falsa informação* da contraparte sobre o *destino* da coisa vendida”<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Ver, no entanto, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA, Coimbra, 1987, p. 236.

<sup>33</sup> “Segundo o ensinamento tradicional a *pressuposição* refere-se ao *futuro* (faltará quando houver uma alteração superveniente de circunstâncias) e o *erro* refere-se ao *presente* ou ao *passado*. O *erro* consiste numa ignorância ou falsa representação, relativas a circunstâncias passadas ou presentes, isto é, *à situação existente no momento da celebração do negócio*. A *pressuposição* consiste na *representação inexacta de um acontecimento ou realidade futura que se não vêm a verificar* (a *pressuposição*, quando falha, não traduz um *erro*, mas uma *imprevisão*): MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 507 (os itálicos são nossos, excepto os dois últimos).

<sup>34</sup> Cfr. o nosso *Erro e vinculação negocial*, cit., pp. 16, ss. Na doutrina brasileira, cfr. FRANCISCO AMARAL, *Direito Civil*, cit., pp. 457/458 e 488, nota 13, onde se dá conta de uma situação que, a nosso ver, não seria de erro, antes de não verificação da *pressuposição*: “Se a aquisição de um fundo de comércio teve por motivo determinante a perspectiva de boa e numerosa freguesia, garantida e apontada pelo vendedor no próprio contrato, tem-se aí o que se denomina em direito o *pressuposto* ou *razão determinante* do negócio. Não se concretizando aquela perspectiva, o contrato é anulável por erro”.

Como dissemos, não cremos que haja aqui erro. Assim como pensamos que esta situação não se enquadra, ao menos directamente, no art. 140 do novo Código Civil brasileiro (art. 90.º, na versão do Código anterior). É que esse “falso motivo” ou “falsa causa” reporta-se a situações presentes ou passadas, não futuras – relativamente a estas, só pela doutrina da *imprevisão* (ou por via semelhante) se poderá reagir.

<sup>35</sup> Cfr. CJ, ano XVIII, tomo I, p. 227.

Pode acontecer, com efeito, que o vendedor efectue o negócio por estar convencido – o que para si foi determinante – que o comprador irá dar ao bem um certo destino, quando na realidade a intenção deste é outra. O que pode ficar a dever-se, por exemplo, a uma deficiente interpretação do comportamento do comprador ou, mesmo, a alguma informação falsa ou incorrecta por parte deste. Mas então o que está em causa é uma *deficiente formação da vontade*; em rigor, *não é de uma alteração do destino do bem* que se trata, antes de uma *errada convicção sobre o destino que o comprador pretende dar ao bem*. É um problema a equacionar em sede de *erro*.

E nem será sequer de excluir a possibilidade de *dolo* do comprador, quando exista a *intenção* de enganar a outra parte, nos termos do art. 253.º. Caso em que, além da *anulação* do contrato, conforme dispõe o art. 254.º, haverá lugar a uma indemnização por *responsabilidade pré-contratual*, nos termos do art. 227.º. Partimos do princípio, para ser assim, que, *à data do negócio*, existe já a intenção de dar ao bem um destino diferente, que os artifícios dolosos são *anteriores* ou *contemporâneos* da celebração do contrato.

Esse poderá ser o caso quando o interessado em adquirir o bem presta *falsas informações* sobre o destino que pretende dar-lhe. Mas nem sempre, pois tal procedimento, apesar de incorrecto, pode não ter sido feito com a *intenção* de enganar o declarante. O Tribunal da Relação do Porto, no seu Acórdão de 9 de Fevereiro de 1993, considerou aplicável, como vimos, o regime do *erro* sobre a base do negócio, embora o mesmo tivesse sido provocado por uma *falsa informação* da contraparte sobre o destino da coisa vendida.

## 6. Conclusão

Percorremos neste trabalho alguns dos caminhos do erro e da doutrina da imprevisão; salientámos algumas notas a respeito de um e outro instituto; e procurámos traçar a sua *linha de fronteira* – o que nem sempre é fácil, como vimos!

Servimo-nos de alguns exemplos práticos para ilustrarmos o problema, com base, designadamente, em decisões de tribunais portu-

gueses; avançámos com a nossa posição a tal respeito e acrescentámos que o problema era complexo e muito vasto, tendo figurado outras situações que estão *para lá* das doutrinas do erro e da teoria da imprevisão e que convocam outras figuras, institutos e princípios, entre os quais o princípio da *boa fé*.

Essa a razão por que deixámos *de fora* tais situações, exactamente porque elas *exorbitam* do âmbito deste trabalho, que circunscrevemos ao problema da *delimitação* do erro perante o instituto da imprevisão ou da alteração superveniente das circunstâncias.

O que significa, assim, que o problema da *mudança de destino do bem*, ou da *aplicação do bem a fim diferente do declarado*, é um problema *mais vasto*, cuja solução passará, algumas vezes, pelo instituto da alteração superveniente das circunstâncias, e, outras vezes, pelas regras do enriquecimento sem causa ou, até, do não cumprimento. Importa recordar, a este último respeito, que há deveres, como os *deveres laterais* ou *deveres acessórios de conduta*, fundados no princípio da *boa fé* e em conformidade com o *fim contratual*, que podem, em certos casos, justificar a protecção dos fins *adicionais* do vendedor, designadamente o de a contraparte dar ao bem um determinado destino<sup>36</sup>.

Assim como pode tratar-se de *puros motivos* do vendedor, de per *si irrelevantes*, na falta de acordo das partes a tal respeito e na ausência de uma condição ou de uma cláusula resolutiva.

Torna-se fundamental apurar, em suma, por via da *interpretação-integração* do negócio (arts. 236.º e 239.º), o sentido da declaração negocial sobre o destino do bem. É este, sempre, o primeiro passo a dar – e é um passo muito importante, sem dúvida! Onde não é apenas a vontade do declarante que conta e onde também o princípio da *boa fé* deve ser ponderado.

---

<sup>36</sup> Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Erro e vinculação negocial*, cit., pp. 35, ss e *passim*.





# COMÉRCIO ELECTRÓNICO E CONSUMIDOR

ALEXANDRE DIAS PEREIRA

Assistente da Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra

**Sumário:** § 1. Colocação do problema. § 2. Aspectos específicos da negociação electrónica. § 3. Assinatura electrónica, certificação e acreditação. § 4. Imobiliárias electrónicas, notários e certificadores. § 5. Direitos do consumidor no comércio electrónico. § 6. O princípio do país de origem e os mínimos comunitários de protecção. § 7. Limites comunitários à protecção interna do consumidor. § 8. Princípios do direito comunitário primário do consumidor. § 9. Controlo das restrições à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno. § 10. Balanço. *Abstract*

## § 1. Colocação do problema

O diploma de transposição da directiva sobre comércio electrónico<sup>1</sup>, a julgar pelo preâmbulo, terá seguido uma abordagem intermédia no

---

<sup>1</sup> Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno. Para “uma primeira reacção sistemática ao diploma recém-aprovado”, como refere Oliveira Ascensão no *Prefácio*, vide *O comércio electrónico em Portugal – quadro legal e o negócio*, ANACOM, Lisboa: ICP, 2004 (disponível no site [www.anacom.pt](http://www.anacom.pt)). Para um breve apontamento ao DL 7/2004, de 7 de Janeiro, pode ver-se também o nosso *Princípios do comércio electrónico*, in *Miscelâneas*, 3, IDET, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 75 ss. Neste

que toca à regulação do comércio electrónico. Não se trata de uma regulação *minimalista*, uma vez que não se limita a reproduzir a directiva no Diário da República: por um lado, as “categorias neutras” da directiva são integradas “nos quadros vigentes” do direito português; por outro, “aproveitou-se a oportunidade para, lateralmente, versar alguns pontos carecidos de regulação na ordem jurídica portuguesa que não estão contemplados na directiva”. Ao mesmo tempo, porém, não seguiu a via de uma abordagem *maximalista*, uma vez que se limitou fundamentalmente ao âmbito de regulação da directiva, optando “por afastar soluções mais amplas e ambiciosas para a regulação”.

Soluções essas que passariam, em termos de técnica legislativa, tendo em conta experiências do direito comparado, não por mais um acto de *legislação extravagante*, mas antes pela elaboração de um Código da Informática e/ou pela alteração dos grandes Códigos, *maxime* o Código Civil. Resta saber se a solução encontrada não foi ditada sobretudo por razões de ordem pragmática, quais sejam, desde logo, dar um sinal de transposição da directiva, tendo em conta que o prazo se encontrava já largamente ultrapassado, para assim “escapar” a mais um procedimento por não transposição de directivas.

---

trabalho expomos “as traves mestras” que, em nosso entender, suportam a construção normativa do comércio electrónico, quais sejam: o princípio da liberdade de exercício (ou da desnecessidade de autorização prévia) de actividades económicas na Internet, articulado com o primado do direito comunitário na regulação do mercado interno do comércio electrónico (1); o princípio da transparência (2); o princípio da liberdade de celebração de contratos por meios electrónicos, conjugado com a protecção do consumidor no *tele-shopping* electrónico (3); o princípio da liberdade de comunicação e de navegação na Internet, conjugado com o reforço da protecção da propriedade intelectual (4); e o princípio da «informalização» dos meios de resolução de litígios (5). Ressalve-se, porém, que a formulação destes princípios, norteadas sobretudo por razões de ordem pedagógica e expositiva, não deve ser entendida em termos de exclusividade. E isto em dois sentidos: ora porque boa parte destes princípios não são exclusivos do comércio electrónico; ora porque não excluem a formação e/ou elaboração de outros princípios do comércio electrónico. Também nesses princípios não se deve procurar uma espécie de supra-sumo do direito do comércio electrónico, que tudo condensa e explica, embora não deixem de reflectir, enquanto “juízos sintéticos”, boa parte do espírito que anima este novo domínio do *corpus iuris*.

Não obstante, poderia dizer-se que apesar de a opção do legislador não ter sido “ambiciosa” terá sido todavia “prudente”.<sup>2</sup> Na dúvida sobre a necessidade e oportunidade de um Código da Informática e na incerteza sobre como alterar o Código Civil, terá o legislador deixado o problema para maior amadurecimento, tendo em conta desde logo a natureza “horizontal” da regulação prevista na directiva e a necessidade de estabilização legislativa em domínios por ela tocados, como seja, nomeadamente, a protecção do consumidor. A este respeito, com efeito, se as medidas de protecção do consumidor no comércio electrónico previstas na directiva tivessem que aguardar pela aprovação do Código do Consumidor, em preparação<sup>3</sup>, a transposição correria o risco de ser

---

<sup>2</sup> Oliveira Ascensão, embora considere que “(n)ão se cedeu à tentação de regular tudo, que transformaria este diploma básico num regulamento enciclopédico”, oferece as seguintes linhas (não sem algum paradoxo) a propósito de uma solução mais ampla e ambiciosa: “A maneira como estas matérias têm sido reguladas em Portugal, ao sabor de impulsos desencontrados resultantes normalmente de iniciativas comunitárias, é má. / Perde-se o sentido de conjunto. Há porém uma unidade muito sensível no domínio do digital. A sua repartição por vários diplomas (por exemplo, fazendo incluir aspectos relacionados com o Direito de Autor no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos) não só quebra essa unidade como traz problemas de integração nesses diplomas. / Fizemos por isso a proposta de preparação dum Código de Informática, ou lei da informática, que disciplinasse conjuntamente essas matérias. Como logo previmos, a escassez dos prazos comunitários de transposição não permitiu que se avançasse já por este caminho. / Mas não podemos tomar como habitual legislar apenas sob a ameaça da cominação comunitária. É justamente em prazos livres que se deve pensar com mais profundidade nas matérias. A lei da informática permitiria rever, aprofundar e sistematizar os elementos hoje desencontrados. Do cibercrime à privacidade, tudo poderia ser contemplado. / Se se achar que é ir longe de mais, então haverá que pensar numa lei global sobre o comércio electrónico. É preciso conduzir à unidade o mundo negocial digital que anda disperso” (in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., pp. 110-1).

<sup>3</sup> Vide António Pinto Monteiro, *Do direito do consumo ao código do consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, CDC/FDUC, Coimbra, 1999, pp. 201 ss; Id., *A defesa do consumidor no limiar do século XXI*, *Stvdia Ivridica* 73, Colloquia 12, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 35 ss (Separata de *Globalização e Direito*), referindo, como novos domínios normativos de protecção do consumidor, *inter alia*, os “modernos contratos à distância, designadamente os celebrados por via electrónica” (p. 39).

ainda mais retardada, agravando-se o não cumprimento da injunção comunitária. Salvo, claro está, se essas medidas de protecção tivessem já equivalente na ordem jurídica portuguesa.

Mas também não é certo que o legislador tenha procurado saber se e em que termos boa parte do conteúdo regulativo da directiva não tem um conteúdo mais declamatório do que constitutivo para o direito português, tendo em conta regras equivalentes pré-existentes na nossa ordem jurídica interna. Pense-se, nomeadamente, na desnecessidade de autorização prévia para o exercício da actividade de prestador de serviços da sociedade da informação, na delimitação negativa da responsabilidade dos prestadores intermediários e na ausência de um dever geral de vigilância a seu cargo, na exigência de identificação da publicidade em rede, no princípio da liberdade de celebração de contratos por via electrónica e na equiparação da declaração electrónica ao documento escrito, para não falar na colocação em forma de norma da “*rule of reason*” do direito comunitário relativa às restrições à liberdade de prestação de serviços no mercado interno. Com efeito, boa parte destas “regras” pouco ou nada acrescentam.<sup>4</sup>

É certo que, no prisma da directiva, têm o efeito de limitar a liberdade dos Estados-membros, que ficam impedidos, nomeadamente: de sujeitar a autorização prévia o exercício da actividade de prestador de serviços da sociedade da informação (1), de responsabilizar os prestadores nas situações referidas na directiva e de lhes impor um dever geral de vigilância (fundamento de *culpa in vigilando*) (2), de

---

<sup>4</sup> Contudo, em certas situações o teor principalmente negativo destes preceitos não deixa de ter implicações no sistema jurídico português. Pense-se, nomeadamente, que os prestadores intermediários, enquanto titulares de suportes publicitários, ficarão expressamente isentos, nas condições previstas, da responsabilidade a que estariam sujeitos, nos termos gerais, pelos prejuízos causados a terceiros em resultado da difusão de mensagens publicitárias ilícitas, segundo o art. 30.º, 1, do Código da Publicidade. Claro que mesmo em relação aos titulares de suportes publicitários tradicionais esta responsabilização era bastante problemática. Pelo que a questão ficará esclarecida, ficando também posta de parte qualquer pretensão de sujeitar estes prestadores aos regimes especiais de responsabilidade previstos, nomeadamente, nas leis da televisão e da imprensa.

estabelecerem um regime mais favorável em matéria de identificação da “publicidade electrónica” (3), de não reconhecerem a declaração electrónica como meio idóneo de manifestação da vontade e de não aceitarem a sua equiparação ao documento escrito para efeitos de validade formal do negócio (4), e de tentarem neutralizar (ou contornar) no ambiente do comércio electrónico a referida “rule of reason” relativa às restrições da liberdade de prestação de serviços no mercado interno (5).

Além disso, aqui e ali, a directiva concretiza boa parte destes princípios mediante a previsão de critérios especiais para o comércio electrónico, sobretudo no que respeita a *aspectos de procedimento* (por ex., o procedimento a seguir em caso de adopção de providências restritivas à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação e o procedimento de solução extrajudicial de litígios por via electrónica entre prestadores e destinatários dos serviços), dimensão esta que o diploma de transposição acentua inspirado em soluções do direito comparado, como é o procedimento de solução provisória de litígios relativamente à responsabilidade do prestador por serviços de armazenagem principal e de associação de conteúdos. Por essa razão, e talvez sobretudo por razões que se prendem com a criação de um ambiente favorável, em termos de certeza e segurança jurídicas para os agentes interessados no comércio electrónico, se possa justificar a via seguida pelo diploma de transposição. Ao que acresce a definição de um regime sancionatório e a previsão de entidades de supervisão, em especial uma entidade de supervisão central do regime estabelecido, a quem são atribuídos amplos poderes sobretudo em matéria de procedimentos de composição provisória de litígios.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Vide o nosso *Princípios do comércio electrónico*, cit., p. 109. Trata-se de mais um exemplo da tendência para a «administrativização» do direito da informática, que não deixa de ser problemática. Por exemplo, a «administrativização» do tratamento de dados pessoais não apenas “não é certamente a solução desejável” (J. Oliveira Ascensão, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001, p. 211), como foi já considerada inconstitucional (vide Garcia Marques / Lourenço Martins, *Direito da Informática*, Livraria Almedina, Coimbra, 2000, p. 279 ss). Em matéria de nomes de domínio, não obstante a “nebulosidade da lei” (senão

Todavia, o aparente minimalismo formal da técnica legislativa do diploma de transposição contrasta com algum «maximalismo» substancial em termos de regime jurídico instituído. «Maximalismo» esse que, em alguns aspectos, poderá comprometer a conformidade das soluções adoptadas com o direito comunitário, sobretudo no domínio da protecção do consumidor, para além de não ser muito sensível ao papel estratégico do direito do consumidor na regulação do comércio electrónico em termos de criação de um ambiente jurídico favorável ao desenvolvimento da economia digital.<sup>6</sup>

Com efeito, em poucos anos, a Internet tornou-se numa autêntica “vitrina internacional”<sup>7</sup>, na qual as empresas expõem e comercializam os seus bens, tornando-se cada cibernauta num “potencial contratante à escala internacional”<sup>8</sup>. Para o crescimento do valor mercantil da Internet concorreram diversos factores, nomeadamente de índole jurídica. Com efeito, tem-se assistido à emergência de um «direito electrónico»,

---

mesmo o seu eloquente silêncio), parece também que se adoptou “uma solução de «administrativização» do conflito entre a FCCN e o seu público (...), que pode ser vista como a manifestação de um indício de apropriação estadual da tarefa”, existindo assim “indícios normativos de que a gestão nacional do domínio de topo.pt é uma *tarefa pública executada pela FCCN*”, no sentido de regular a sua actuação “pelos princípios e pelas regras do direito administrativo geral” (Pedro Gonçalves, *Disciplina administrativa da Internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, V, APDI/FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 234-5; sobre a questão da natureza dos nomes de domínio veja-se também o nosso *A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXVII, Coimbra, 2001, pp. 669-671, em que sustentamos, para efeitos de competência judiciária internacional, a equiparação do registo dos nomes de domínio a um registo público).

<sup>6</sup> Com efeito, parece que certos aspectos do regime aprovado terão sido motivados pelo entendimento de que “a concorrência em base informática traz para a empresa portuguesa comum uma nova desvantagem” (Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 7).

<sup>7</sup> Emílio Tosi, *I problemi giuridici di Internet (dall' e-commerce all e-business)*, Giuffrè Editore, Milão, 2001, p. 17.

<sup>8</sup> Paula Costa e Silva, *Transferência electrónica de dados: a formação dos contratos*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, Coimbra Editora, 1999, p. 216.

maxime de “gestação europeia”<sup>9</sup>, que se destina a configurar o sistema normativo no sentido de possibilitar um “ambiente jurídico favorável à confiança” no comércio electrónico.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Manuel Veiga de Faria, Nota Introdutória, in *Temas de Direito da Informática e da Internet*, Ordem dos Advogados, Coimbra Editora, 2004, p. 9. Questionamos, aliás, se “a propósito da sociedade da informação (...) o legislador comunitário não está a criar para si uma zona de soberania, esvaziando o poder dos Estados-Membros” (*A Jurisdição na Internet*, cit., p. 637).

<sup>10</sup> Vide o nosso *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 9. Não obstante de gestação relativamente recente, o direito do comércio electrónico e da Internet é hoje objecto de tratamento especializado em numerosas obras e por muitos autores. Para uma lista não exaustiva, vide, em língua portuguesa: *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação* (Actas do Colóquio organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação), A. Pinto Monteiro (dir.), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999; *Comunicação e Defesa do Consumidor* (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1996; *Direito da Sociedade da Informação*, Volumes I (1999), II (2001), III (2002), IV (2003), V (2004), Faculdade de Direito de Lisboa/Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, Coimbra; *Num Novo Mundo do Direito de Autor?* (Actas do II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos), I, II, Edições Cosmos, Lisboa, 1994; *Sociedade da Informação. Estudos Jurídicos* (Seminário organizado pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual), Livraria Almedina, Coimbra, 1999; Ascensão, José de Oliveira, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001; Costa, José de Faria, *Direito Penal da Comunicação* (Alguns escritos), Coimbra Editora, Coimbra, 1998; Marques, Garcia e Lourenço Martins, *Direito da Informática*, Livraria Almedina, Coimbra, 2000; Pereira, Joel Timóteo Ramos, *Direito da Internet e Comércio Electrónico*, Quid Juris, Lisboa, 2001; Idem, *Compêndio jurídico da sociedade da informação*, Quid Juris, Lisboa, 2004; Rocha, Manuel Lopes / Macedo, Mário, *Direito no Ciberespaço*, Edições Cosmos, Lisboa, 1996; *As Leis do Comércio Electrónico*, Matosinhos, Centro Atlântico, 2000; Saavedra, Rui, *A Protecção Jurídica do Software e a Internet*, SPA/ Dom Quixote, Lisboa, 1994; Monteiro, J. Sinde, *Assinatura Electrónica e Certificação*, Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3918, 2001; Frada, Manuel Carneiro da, «Vinho Novo em Odres Velhos»? *A responsabilidade civil das «operadoras de Internet» e a doutrina comum da imputação de danos*, Revista da Ordem dos Advogados, 1999, II, p. 665; Leitão, Luís de Menezes, *A Responsabilidade Civil na Internet*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 61, Janeiro 2001; Pereira, Alexandre Dias, *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, BFDUC, Stvdia Ivridica 55, Coimbra Editora, Coimbra, 2001; Idem,



*Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina: Coimbra, 1999, 169 pp. (atualização disponível no site da editora); Idem, *Law & Internet: Regulatory Issues of Electronic Commerce*, Coimbra, 2002/2003; Campos, Diogo Leite de, *A Internet e o Princípio da Territorialidade dos Impostos*, in Revista da Ordem dos Advogados, n.º 58; Almeida, Ana Costa de, *Direito e Internet*, Minerva Coimbra, 2002; Casimiro, Sofia de Vasconcelos, *A Responsabilidade Civil pelo Conteúdo da Informação Transmitida pela Internet*, Almedina, 2002; *O Comércio Electrónico – Estudos Jurídico-Económicos*, AA.VV., Almedina, Coimbra, Fevereiro de 2002; Marques, Ana Margarida / Anjos, Mafalda / Vaz, Sónia, *101 Perguntas e Respostas do Direito da Internet e da Informática*, Centro Atlântico, 2001; Rainha, Paula / Vaz, Sónia, *Guia Jurídico da Internet em Portugal*, Edições Centro Atlântico, 2001; Oliveira, Elsa Dias, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos celebrados através da Internet*, Coimbra, Almedina, 2002; Gonçalves, Maria Eduarda, *Direito da Informação – Novos Direitos e Formas de Regulação na Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2003; *As Leis do Comércio Electrónico, Regime jurídico da assinatura digital e da factura electrónica, anotado e comentado*, AA.VV., Edições Centro Atlântico, Matosinhos-Lisboa, 2000; Miguel Almeida Andrade, *Nomes de Domínio na Internet – A regulamentação dos nomes de domínio sob.pt*, CentroAtlântico.pt, Portugal, 2004; Manuel Lopes Rocha / Ana Margarida Marques / André Lencastre Bernardo, *Guia da Lei do Comércio Electrónico*, CentroAtlântico.pt, Portugal, 2004; A.G. Lourenço Martins / J. A. Garcia Marques / Pedro Simões Dias, *Cyberlaw em Portugal – O Direito das tecnologias da informação e comunicação*, CentroAtlântico.pt, Portugal, 2004. Para bibliografia em outras línguas vide, nomeadamente: Chris Reed, *Internet Law (Text and Materials)*, 2. ed., London: Butterworths, 2003; Kenneth Creech, *Electronic Media Law and Regulation*, 4<sup>th</sup> ed., Oxford; Boston: Focal Press, 2003; Markus Kohler / Hans-Wolfgang Arndt, *Recht des Internet*, 4. Aufl., Heidelberg: C.F. Muller Verlag, 2003; Kroger, Detlef, *Casebook Internetrecht: Rechtsprechung zum Internetrecht*, Berlin: Springer, 2003; *Internet Law and Regulation*, Graham J.H. Smith (ed.), 3<sup>rd</sup> ed., London: Sweet & Maxwell, 2002; Christiane Feral-Schuhl, *Cyberdroit: le droit a l'épreuve de l'internet*, 3<sup>ème</sup> ed., Paris: Dunod: Dalloz, 2002; Mihaly Ficsor, *The law of copyright and the Internet: the 1996 WIPO treaties, their interpretation and implementation*, Oxford: Oxford University Press, 2002; Michael Chissick / Alistair Kelman, *Electronic Commerce: Law and Practice*, 3<sup>rd</sup> ed., London: Sweet & Maxwell, 2002; José A. Gómez Segade (dir.), *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, 2001; *Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et proposition de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruxelles, 2001; T. Hoeren, *Grundzüge des Internetrechts*, 2.<sup>a</sup> ed., München, 2002; G. Cassano (a cura di), *Internet – Nuovi problemi e questioni controverse*, Milano, 2001; Pedro de Miguel Ascensio, *Derecho Privado de Internet*,

---

2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2001; M. Lemley / P. Samuelson, *Software and Internet Law*, 2<sup>nd</sup> ed., 2003; *Internet and E-Commerce Law: Cases and Materials*, A. Fitzgerald / B. Fitzgerald (eds.), 2002; Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 2000; Bensoussan (dir.), *Internet, aspects juridiques*, 1996; Lehmann (Hrsg.), *Internet- und Multimediarecht*, 1997; Sédallian, *Droit de l'Internet*, 1997; Piette-Coudol / Bertrand, *Internet et la loi*, 1997; K. Boele-Woelki/C. Kessedjian (eds.), *Internet: Which Court Decides? Which Law Applies?*, Kluwer, 1998; Hoeren, *Rechtsfragen des Internet*, 1998; T. Ballarino, *Internet nel mondo della legge*, Padova, Cedam, 1998; J. Ribas Alejandro, *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, Aranzadi, 1999; N. Härting, *Internetrecht*, Köln, O. Schmidt, 1999; L. Evans and C. Waelde (eds), *Law & the Internet: A Framework for Electronic Commerce*, Hart Publishing, 2000; C. Heath/ /A.K. Sanders (eds.), *Intellectual Property in the Digital Age: Challenges for Asia*, Kluwer, 2001; Spindler / Börner (eds.), *E-Commerce Law in Europe and the USA*, Springer, 2002; Georgios Gounalakis / Lars Rhode, *Personlichkeitsschutz im Internet: Grundlagen und Online-Spezifika*, München: Verlag C.H. Beck, 2002; *Rechts-Handbuch zum E-Commerce*, (Hrsg.) Hans-Werner Moritz / Thomas Dreier, Köln: O. Schmidt, 2002; Lawrence Lessig, *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*, New York: Vintage Books, 2002; Brian Fitzgerald / Anne Fitzgerald, *Cyberlaw: cases and materials on the internet, digital intellectual property and electronic commerce*, Chatswood, NSW: LexisNexis Butterworths, 2002; *Selected legal issues of e-commerce*, (eds.) Toshiyuki Kono / Christoph G. Paulus / Harry Rajak, The Hague; Boston: Kluwer Law International, 2002; Raymond S.R. Ku, Michele A. Farber, Arthur J. Cockfield, *Cyberspace law: cases and materials*, New York: Aspen Law & Business, 2002; Andre Lucas / Jean Deveze / Jean Frayssinet, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, Paris: Presses universitaires de France, 2001; *Law and the internet: a framework for electronic commerce*, 2<sup>nd</sup> ed., Lilian Edwards / Charlotte Waelde (eds.), Oxford; Portland: Hart, 2000; *Transnational cyberspace law*, (ed.) Makoto Ibusuki, Oxford: Hart, 2000; Markus Kohler / Hans-Wolfgang Arndt, *Recht des Internet*, 2. vollig neubearbeitete und erw. Auf., Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2000; Pierre Breese, *Guide juridique de l'internet et du commerce électronique* (col. de Gautier Kaufman; pref de Jean-Jacques Martin), Paris: Vuibert, 2000; Terry R. Broderick, *Regulation of information technology in the European Union*, London; Boston: Kluwer Law International, 2000; Andre Bertrand / Thierry Piette-Coudol, *Internet et le droit*, 2<sup>ème</sup> ed. mise a jour, Paris: PUF, 2000; L.J.H.F. Garzaniti, *Telecommunications, broadcasting, and the Internet: E.U. competition law and regulation*, London: Sweet & Maxwell, 2000; John Dickie, *Internet and electronic commerce law in the European Union*, Oxford; Hart, 1999; Susan Singleton / Simon Halberstam, *Business, the internet and the law*, Croydon: Tolley, 1999; Patrick G. Mayer, *Das Internet im öffentlichen Recht: unter Berücksichtigung europarechtlicher und völkerrechtlicher Vorgaben*, Berlin:

Todavia, não é seguro que certas soluções do diploma de transposição tenham contribuído para promover o comércio electrónico, o qual depende não apenas dos consumidores mas também das empresas, que normalmente equacionam os custos e riscos de transacção ao nível das suas opções de investimento, sobretudo num cenário de pós “reben-tamento da bolha” da economia digital. É certo que “a pretensão que as regras “terrestres” serviam tal qual para o ciberespaço não pode deixar de ser considerada falaciosa”.<sup>11</sup> Pelo que se impunha (e impõe) a transposição das directivas de harmonização, cuja aprovação não obedece apenas certamente a critérios de produtividade das instâncias comunitárias. Não obstante, é bastante duvidoso que alguns dos preceitos adoptados sirvam para promover o comércio no ciberespaço.

---

Duncker & Humblot, 1999; Denis Kelleher / Karen Murray, *IT law in the European Union*, London: Sweet & Maxwell, 1999; Carsten Intveen, *Internationales Urheberrecht und Internet: zur Frage des anzuwendenden Urheberrechts bei grenzüberschreitenden Datenübertragungen*, Baden-Baden: Nomos, 1999; Thorsten Finke, *Die strafrechtliche Verantwortung von Internet-Providern*, Tübingen: Medien Verlag Kohler, 1998; *Copyright in the new digital environment: the need to redesign copyright*, (eds.) Irini A. Stamatoudi / Paul L.C. Torremans, London: Sweet & Maxwell, 2000; *Primer on Electronic Commerce and Intellectual Property Issues*, WIPO, 2000; *Commerce électronique et propriétés intellectuelles / Colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri Desbois*, Paris, 7 novembre 2000, Paris: Librairies Techniques, 2001; *Copyright and electronic commerce: legal aspects of electronic copyright management*, (ed.) P. Bernt Hugenholtz, The Hague; London: Kluwer Law, 2000; *The Internet and authors' rights*, (ed.) Frederic Pollaud-Dulian, London: Sweet & Maxwell, 1999; *Intellectual property law in cyberspace*, G. Peter Albert, Jr. and Laff, Whitesel & Saret, Ltd., Washington, D.C.: Bureau of National Affairs, 1999; *Intellectual property and information law: essays in honour of Herman Cohen Jehoram*, (eds.) Jan J.C. Kabel / Gerard J.H.M. Mom, The Hague; Boston: Kluwer Law International, 1998; *International information technology law*, (gen ed.) Dennis Campbell; ed. Susan Cotter, Chichester, West Sussex, England; New York: J. Wiley & Sons, 1997.

<sup>11</sup> Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 115. Especificamente sobre os regimes de responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação, contratação electrónica e solução provisória de litígios e o regime sancionatório, e respectivos enquadramentos, vide *O comércio electrónico em Portugal*, cit., pp. 142 ss, 157 ss, 191 ss, com contribuições individualizadas de Cláudia Trabuco, Susana Larisma e Alexandre Fraga Pires, respectivamente.

## § 2. Aspectos específicos da negociação electrónica

O diploma de transposição, na sequência da directiva comunitária sobre comércio electrónico, consagrou o princípio da liberdade de celebração de contratos por meios electrónicos (art. 25.º). Assim, a declaração electrónica é reconhecida como meio idóneo de manifestação da vontade<sup>12</sup>, ainda que com limites, pois são excepcionados, tal como permitido pela directiva, certos negócios jurídicos, nomeadamente os negócios pessoais familiares (por ex., o casamento ou o testamento).

Por outro lado, é consagrado o princípio da equiparação do documento electrónico ao documento escrito (art. 26.º), o que não significa uma derrogação ao princípio da liberdade de forma dos negócios jurídicos (art. 219.º do Código Civil). Trata-se apenas de considerar que os documentos electrónicos são havidos, reunidas certas condições, como documentos escritos. Pelo que se a lei exigir um documento escrito para a validade ou eficácia do negócio, o documento electrónico satisfará esse requisito.<sup>13</sup> Aliás, o documento electrónico ao qual seja aposta assinatura electrónica qualificada certificada por entidade acreditada é equiparado ao documento particular autenticado, gozando de força probatória plena (*vide infra*).

Relativamente à perfeição das declarações jurídicas electrónicas, o diploma do comércio electrónico consagrou a regra da teoria da recepção prevista no art. 224.º do Código Civil, no sentido de a declaração se tornar eficaz a partir do momento em que pode ser recebida pelo respectivo destinatário (art. 31.º, 2); de igual modo, consagrou a distinção entre convite a contratar e proposta contratual (art. 32.º).<sup>14</sup> Contudo, relativamente ao momento da conclusão do

---

<sup>12</sup> Vide Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 2.ª reimp., Almedina, Coimbra, 1966, p. 47.

<sup>13</sup> Miguel Pupo Correia, in *As Leis do Comércio Electrónico, Regime jurídico da assinatura digital e da factura electrónica, anotado e comentado*, Edições Centro Atlântico, Matosinhos – Lisboa, 2000, p. 49 (o “documento não deixa de ser escrito por se encontrar num ecrã”; ou talvez também por se encontrar na memória de um computador).

<sup>14</sup> Vide, por todos, Carlos A. da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., 3.ª reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 1989, pp. 441 ss. Quanto a saber se a

posição do prestador deve ser entendida como simples convite a contratar ou já como proposta contratual, sustenta-se que a “lei portuguesa toma uma posição prudente. Não pretende resolver exaustivamente a questão, embora coloque o acento na presença na mensagem de todos os elementos necessários à conclusão do contrato. / Daqui resulta que tendencialmente o diploma vê na mensagem negocial contida em rede uma proposta, na ausência de elementos intrínsecos que a degradem a mera solicitação de ofertas. (...) Mas só o desenvolvimento subsequente permitirá esclarecer devidamente o que é necessário para que se considere que a mensagem em rede contém todos os elementos necessários à conclusão do contrato” (Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 113). Não obstante, nas relações com consumidores parece que o prestador deverá encontrar-se numa situação de oferta ou proposta contratual, ao menos no que respeita aos contratos abrangidos pelo art. 4.º do regime dos contratos à distância. Além disso, o prestador que anuncie os seus bens por correio electrónico terá que respeitar, em nosso entender, os requisitos previstos no art. 23.º do Código da Publicidade (cf. o nosso *Comércio electrónico*, cit., p. 94), colocando-se desse modo, em princípio, numa posição de proposta contratual. De resto, a teoria do simples convite a contratar, ao menos nas relações com consumidores, é contestada na nossa doutrina, entendendo-se que “(n)ão há (...) motivo que sustente aquela orientação, porque a arbitrariedade concedida ao fornecedor significa a desprotecção do público” (José de Oliveira Ascensão, *Contratação electrónica*, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 60).

Note-se que a posição que sustentámos sobre a aplicação do art. 23.º do Código da Publicidade à publicidade por correio electrónico foi contestada por Celso António Serra, *Publicidade ilícita e abusiva na Internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, pp. 539-40, defendendo que a caixa de correio electrónico não poderá entrar no conceito de domicílio (apoiando este entendimento por lhe parecer “muito forçada” a qualificação como publicidade domiciliária da publicidade por correio electrónico, Luís Menezes Leitão, *A distribuição de mensagens de correio electrónico indesejadas (SPAM)*, *Direito da Sociedade da Informação*, IV, cit., p. 210), não obstante o A. considerar “incompreensível” a exclusão do correio electrónico operada pelo art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro, sobre publicidade domiciliária (p. 545). Contudo, tendo em conta o pressuposto de que parte – não poder o correio electrónico entrar no conceito de domicílio aqui relevante –, tal deveria ser, afinal, “compreensível”, uma vez que não se trataria, desde logo, de publicidade domiciliária... De resto, o autor apoia-se na opinião de Paulo Mota Pinto, nos termos da qual a publicidade por correio electrónico “não se pode dizer propriamente entregue no domicílio do destinatário”, entendendo porém que os “problemas próprios” que suscita a publicidade por correio electrónico “poderão em certos pontos merecer uma resposta semelhante à que vale para a publicidade domiciliária por correspondência ou entregue directamente, e para

a publicidade por telefone e telecópia” (*Publicidade domiciliária não desejada* (“junk mail”, “junk calls” e “junk faxes”), BFD 74 (1998), pp. 275 – sustentando, aliás, que, “quando consideramos a publicidade domiciliária como aquela que é entregue no domicílio do destinatário não empregamos esta expressão com um sentido técnico-jurídico estrito, adequado apenas à residência particular de consumidores, que sejam, além disso, pessoas singulares. (...) para o efeito de qualificação como publicidade domiciliária, este conceito de domicílio é irrelevante” – p. 277), parecendo, nessa medida, confortar a nossa interpretação extensiva do art. 23.º do Código da Publicidade. Note-se, ainda, que, nos termos do art. 22.º, 1, do diploma do comércio electrónico, o envio de comunicações de marketing directo não solicitadas por via de aparelhos de chamada automática, telecópia ou correio electrónico carece de consentimento prévio do destinatário que seja uma pessoa individual. Significa isto que a lei equiparou expressamente o correio electrónico aos aparelhos automáticos de telefone e de telecópia, pelo que sendo estes meios adequados para efectuar “publicidade domiciliária” nos termos da Lei n.º 6/99, parece que a noção de domicílio relevante no direito publicitário abrangerá também, agora expressamente, o correio electrónico. De resto, se o correio electrónico fosse já antes de todo irrelevante para a noção de domicílio do direito publicitário, então a sua exclusão não faria muito sentido. Pelo contrário, parece-nos que justamente a relevância potencial do correio electrónico para a noção de domicílio no direito publicitário terá obrigado à sua exclusão do âmbito de aplicação da referida lei, porventura em atenção aos “problemas próprios” suscitados por este meio de comunicação. Tal não significa, todavia, que a exclusão do correio electrónico da lei da publicidade domiciliária implique, mais ou menos automaticamente, a sua exclusão do regime geral da publicidade domiciliária previsto no Código. Poderia argumentar-se que a lei da publicidade domiciliária terá concretizado a noção de domicílio no direito publicitário, no sentido de abranger a publicidade por telefone e por telecópia, mas já não o correio electrónico. Assim, a explicitação desta noção de domicílio constante da lei especial deveria ser alargada a todo o direito publicitário, o que teria o efeito de não aplicar o regime do art. 23.º do Código à publicidade por correio electrónico. Esta via interpretativa assenta, porém, em pressupostos que não seguimos. Primeiro, parece fazer depender unicamente do legislador o esclarecimento dos conceitos legais. O intérprete não seria, por isso, mais do que “la bouche de la loi”, na célebre expressão de Montesquieu. Segundo, ou não reconhece que o art. 23.º do Código da Publicidade é uma norma aberta, no sentido de se aplicar a “qualquer meio” de entregar publicidade no domicílio do destinatário, ou então nega ao correio electrónico a sua aptidão para o efeito (o que não será razoável, mesmo adoptando uma interpretação muito restritiva de domicílio). Terceiro, ao rejeitar-se liminarmente a aplicação do art. 23.º por não se subsumir o correio electrónico à noção (restritiva) de domicílio opera-se em termos puramente formais, sem sequer se cuidar de saber se as razões justificativas

contrato levanta-se a questão de saber se a aceitação inicial é sempre decisiva, uma vez que nos contratos de consumo exige-se confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de recepção reiterando a ordem emitida (art. 29.º, 5).

Esta exigência de confirmação poderia interpretar-se como sendo uma “mera cautela técnica” destinada a regular a “exactidão das comunicações” ou “assegurar a certeza das comunicações”.<sup>15</sup> Todavia, tal interpretação do valor jurídico da exigência de confirmação não é unânime<sup>16</sup>, para além de indiciar a “fraca confiança do legislador” nos meios electrónicos, porventura justificada pelo défice informativo dos consumidores relativamente ao ambiente cibernético e ao *modus ope-*

---

desta norma procedem também no caso do correio electrónico. Da nossa parte, o juízo de procedência é positivo e por isso defendemos a sua aplicação. E isto por duas razões: ora para proteger os destinatários de publicidade por correio electrónico, ora para salvaguardar o valor da publicidade enquanto importante instrumento de concorrência que por via do *spam* se degrada. Com efeito, a prática do *spam* baseia-se no seu baixo custo, não havendo “restrições ao número de mensagens de correio electrónico que pode ser enviado com a utilização de apenas uma linha telefónica” (L. Menezes Leitão, *Distribuição*, cit., p. 220). Pelo que, a aplicação da referida norma servirá para dar protecção ao destinatário, nomeadamente o consumidor, e impedir a destruição do valor económico da publicidade por correio electrónico, que é um factor importante para que a Internet “se continue a desenvolver como espaço comercial” (Adelaide Menezes Leitão, *Publicidade na Internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, V, cit., 2004, p. 309). Sobre o «spam» v. tb., por ex., T. Hoeren, *Werberecht im Internet am Beispiel der ICC Guidelines on Interactive Marketing Communications*, in M. Lehmann (Hrsg.), *Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw)*, Stuttgart, Schaffer Poeschel, 1997, p. 114.

<sup>15</sup> J. Oliveira Ascensão, *Contratação electrónica*, cit., pp. 58-9. No dizer de Susana Larisma: “Parece seguro afirmar, nesta hipótese, que a confirmação nada traz de novo, com o agravante de tornar mais complexo um processo contratual que se pretende simples” (in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 168). Receamos, todavia, ser esta uma das situações em que o regime aprovado traz algo de novo, em contraste aliás com o «minimalismo» formal do diploma. É legítimo não concordar com a regra, cuja conformidade com as exigências do direito comunitário é, aliás, duvidosa. Mas já não será correcto “fazer de conta” que nada acrescenta.

<sup>16</sup> Sustentando que “o diploma reclama um *segundo acto*, de confirmação, pelo consumidor. Se este não responder, não se pode considerar o contrato como definitivamente concluído”, Joel Timóteo Ramos Pereira, *Compêndio jurídico da sociedade da informação*, Quid Juris, Lisboa, 2004, p. 429.

*randi* da Internet.<sup>17</sup> Assim, poderá sustentar-se que tal exigência se justifica por razões de protecção dos consumidores no comércio electrónico, traduzindo-se na introdução de um critério especial relativo ao momento da conclusão dos contratos electrónicos de consumo. O que, de resto, só dará alguma razão ao entendimento de que se trata aqui de “uma forma de contratação que escapa aos cânones clássicos”.<sup>18</sup> Neste sentido, o “esquema simples da proposta-aceitação” seria “substituído por um bem mais complexo, em que haverá nos casos-padrão que passar por uma disponibilização em linha, uma ordem de encomenda, um aviso de recepção e uma confirmação da ordem de encomenda. A análise dirá se tudo isto se reconduz aos quadros da contratação tal como prevista até agora”.<sup>19</sup>

A questão do momento da celebração do contrato não é, de resto, uma questão puramente teórica.<sup>20</sup> Ao exigir a confirmação da encomenda como requisito da sua definitividade parece a lei estabelecer um critério especial para os contratos electrónicos de consumo. Com efeito, qual será o valor de uma encomenda não confirmada? Poderá o vendedor exigir ao consumidor o cumprimento do contrato nos casos em que este não confirme a encomenda?

Assim como não nos parece que esta exigência “nada traz de novo”, também não consideramos a exigência de confirmação como uma espécie de «direito de arrependimento», que permitiria ao consumidor libertar-se do contrato não confirmando a encomenda. Perante o teor literal da norma relativo à exigência de confirmação, é sustentável que o contrato só se celebra “à segunda” e não logo no momento da aceitação inicial.<sup>21</sup> Com efeito, não se compreende muito bem como

---

<sup>17</sup> Elsa Dias Oliveira, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet – Contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 131, 67.

<sup>18</sup> J. Oliveira Ascensão, *E Agora? Pesquisa do Futuro Próximo*, in *Estudos sobre Direito da Informática e da Sociedade da Informação*, Almedina, 2001, p. 54.

<sup>19</sup> J. Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 9.

<sup>20</sup> Sobre o relevo normativo do momento da celebração vide, por ex., Carlos Rogel Vide, *En torno al momento y lugar de perfección de los contratos concluidos via Internet*, *Direito da Sociedade da Informação*, II, Coimbra Editora, 2001, p. 60.

<sup>21</sup> Cfr. o nosso *Princípios do comércio electrónico*, cit., pp. 96-7, 101.



poderá o consumidor ficar vinculado a uma encomenda meramente provisória, a valer em princípio como aceitação. Neste sentido, não apenas o fornecedor não ficaria logo vinculado aos termos apresentados na sua “loja electrónica”, podendo verificar, por ex., as existências de stock ou o crédito do consumidor, como também o consumidor teria ainda a possibilidade de não celebrar o negócio, não confirmando a encomenda. Por outras palavras, a exigência de confirmação da encomenda por parte do consumidor traduzir-se-ia numa exigência de «duplo-consenso», um primeiro ainda provisório (para ambas as partes) e um segundo já definitivo.

Não obstante, tendo em conta que a configuração normativa do fornecedor o coloca tipicamente em situação de oferta contratual<sup>22</sup> (o que implica a sua vinculação à proposta<sup>23</sup> – art. 230.º, 1, do Código Civil), mais seguro nos parece dizer que se trata antes de uma condição suspensiva de perfeição do contrato, que porém retroage os seus efeitos ao momento da encomenda inicial, salvo se outra for a vontade das partes (art. 276.º do Código Civil).<sup>24</sup> Nesta linha de raciocínio, o contrato seria concluído à primeira, ainda que condicionado à confirmação da

---

<sup>22</sup> Defendendo já esta solução para as televendas (incluindo pela Internet) e a sua sujeição ao regime das vendas por correspondência (Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de Julho, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 243/95, de 13 de Setembro, entretanto revogado pelo regime dos contratos à distância aprovado pelo Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril), António Pinto Monteiro, *A protecção do consumidor de serviços de telecomunicações*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Actas do Colóquio organizado pelo IJC em 23 e 24 de Abril de 1998, coord. A. Pinto Monteiro, IFC/FDUC, Coimbra, 1999, pp. 155-7.

<sup>23</sup> Mas não prejudica, a nosso ver, que o fornecedor aponha uma condição suspensiva à transacção, nos termos da qual fica condicionada à existência em stock ou ao crédito do consumidor.

<sup>24</sup> Tratar-se-á de uma condição legal ou *conditio iuris*, i.e., imposta por lei: vide Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, cit., p. 359. Neste caso seria uma condição suspensiva potestativa e arbitrária; enquanto condição legal, será uma condição imprópria, que todavia não impedirá que o negócio jurídico *pendente conditione* produza “efeitos provisórios e preparatórios”, devendo as partes, incluindo o consumidor, actuar segundo os ditames da boa-fé de modo a não frustrarem as legítimas expectativas geradas (vide Mota Pinto, *Teoria Geral*, cit., pp. 556 ss).

encomenda. Caso o consumidor não procedesse à confirmação, então não se verificaria a condição de conclusão do negócio, tudo se passando “como se o negócio não tivesse sido concluído. Os efeitos a que tendia o negócio volatilizam-se completamente.”<sup>25</sup> De todo o modo, não nos parece que a exigência de confirmação seja uma mera “cautela técnica” que “nada traz de novo”, pelo que não será de todo irrelevante para o problema do momento da celebração do contrato.

Além disso, esta regra especial, que parece fundar-se em razões de protecção do consumidor, pode ser derogada, nos casos em que o bem ou serviço é prestado na sequência directa da ordem de encomenda, sem necessidade portanto de confirmação de aceitação (art. 29.º, 2). Nestes casos, típicos do chamado comércio electrónico directo, o contrato deve considerar-se incondicionalmente concluído logo no momento da aceitação inicial da proposta, representando a prestação do bem já

---

<sup>25</sup> Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, cit., p. 382. Sem prejuízo, todavia, de eventual responsabilidade pela confiança decorrente de «culpa in contrahendo», resultante da violação de deveres impostos pela boa-fé (art. 227.º), que também devem ser observados na pendência da condição (art. 272.º) – quanto a isto, na prática, as diferenças entre o contrato ser celebrado logo no momento da aceitação inicial ou só posteriormente, “à segunda”, com a confirmação da encomenda na sequência do aviso de recepção, poderão ser pouco significativas, pois que, em qualquer dos casos, parece que só será ressarcível o dano contratual negativo pela confiança, resultante da violação dos ditames da boa-fé. Note-se, porém, que tratando-se de condição imprópria (legal), de natureza potestativa e arbitrária, ficará inteiramente ao critério do consumidor confirmar ou não a encomenda, pelo que o risco negocial impende principalmente sobre o fornecedor. De todo o modo, se o consumidor praticar comportamentos abusivos que causem inconvenientes ou incómodos à outra parte, perturbando o regular funcionamento da sua “loja electrónica”, poderá ser responsabilizado nos referidos termos, ou eventualmente por abuso de direito (art. 334.º do Código Civil). Além disso, o contacto negocial que teve com o prestador ao elaborar a encomenda – que todavia não confirmou – será relevante, nomeadamente, para efeitos de licitude de tratamento de dados pessoais e envio de mensagens publicitárias pelo prestador nos termos do art. 22.º, 3, do diploma. A propósito do tratamento de dados pessoais e protecção da privacidade no sector das telecomunicações, note-se que a Lei n.º 69/98, de 28 de Outubro, foi revogada pela Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas.

o cumprimento do contrato<sup>26</sup>, salvo tratando-se de contrato real *quoad constitutionem* (por ex., depósito de programa de computador), em que o contrato se celebra no momento da entrega do bem.<sup>27</sup> Com efeito, o negócio jurídico electrónico apresenta certas especificidades, no que respeita aos contratos reais.<sup>28</sup> Quanto aos contratos reais *quoad effectum*, é de destacar que o documento electrónico não substitui a escritura pública, quando esta seja exigida para a validade do negócio. É o que sucede, nomeadamente, no contrato de compra e venda de bens imóveis. Ademais, quanto aos contratos reais *quoad constitutionem*, (ainda) não é possível a entrega electrónica de bens corpóreos, pelo que esses

---

<sup>26</sup> Para uma crítica à solução inicialmente proposta para o momento da celebração do contrato, veja-se o nosso *Programas de computador, sistemas informáticos e comunicações electrónicas*, in Revista da Ordem dos Advogados, 1999, III, p. 977 (notando que, segundo essa proposta inicial, em certas circunstâncias, “o contrato só se consideraria celebrado no momento da prestação do serviço”, pelo que se o destinatário “tivesse já pago electronicamente o serviço, estaria a realizar uma prestação relativa a contrato futuro, o qual só se celebraria com a prestação em linha do serviço”).

<sup>27</sup> O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para os contratos celebrados exclusivamente por correio electrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente (art. 30.º). Quer esta situação quer aquela da negociação directa mediante páginas da Internet distinguem-se da contratação automatizada, isto é, sem intervenção humana. Ambas fazem parte da contratação electrónica, ali em sentido estrito aqui já em sentido amplo, pois que não apenas está em causa a manifestação das declarações de vontade mas também já a sua produção (cfr. Paula Costa e Silva, *Contratação automatizada*, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, cit., 2003, pp. 289-90). Para as situações de contratação automatizada, a lei do comércio electrónico dispõe (art. 33.º) a aplicação das regras do erro na formação da vontade em caso de erro de programação (1), do erro na declaração em caso de defeito de funcionamento da máquina (2), e do erro transmissão em caso de a mensagem chegar deformada ao seu destino (3). Note-se, porém, que na aquisição de bens através de páginas da Internet o contrato electrónico pode ser unilateralmente automatizado, sobretudo da parte do fornecedor. Vale isto por dizer que a contratação automatizada significa a emissão automatizada de declarações de vontade, podendo ser unilateral ou até bilateral. Nestas situações, “o computador irá conformar a declaração” segundo “as instruções pré-ordenadas”, o que todavia não parece que deva ser entendido como o “abandono da doutrina da vontade” (António Pinto Monteiro, *A responsabilidade civil na negociação informática*, in *Direito da Sociedade da Informação*, I, Coimbra Editora, 1999, p. 233).

<sup>28</sup> Para uma distinção entre contratos reais *quoad effectum* e *quoad constitutionem*, vide, por todos., Mota Pinto, *Teoria geral*, cit., pp. 400, em nota.

contratos (por ex., comodato) não se poderão constituir por via electrónica quanto tenham bens corpóreos por objecto. Todavia, se o bem for incorpóreo, já é de admitir essa possibilidade (por ex., depósito de software por via electrónica).

### § 3. Assinatura electrónica, certificação e acreditação

Aspecto importante na negociação electrónica é a aposição de assinaturas nos documentos electrónicos.<sup>29</sup> Estas assinaturas podem (e, para certos efeitos, devem) ser certificadas por empresas. Mas o que são as empresas de certificação? E que relação têm com as assinaturas? Deixaremos um brevíssimo apontamento sobre o regime legal da assinatura electrónica e sua certificação e, seguidamente, consideraremos um grupo de casos – a promessa electrónica (obrigacional) de compra e venda de imóvel –, em que se manifesta mais um exemplo do «maximalismo» substancial do regime do comércio electrónico.

No direito português, o regime das assinaturas electrónicas<sup>30</sup> regula o reconhecimento e o valor jurídico dos documentos electrónicos e das

---

<sup>29</sup> A utilização do termo assinatura é susceptível de contestação. Em especial, a função declarativa da assinatura autografa mediante assunção da paternidade do documento assinado não se atribuiria a uma característica física do signatário, mas antes à titularidade de um mecanismo tecnológico. Por isso, quando muito em sentido “metafórico” seria correcto utilizar o termo assinatura (cfr. Giusella Finocchiaro, *Firma digitale e firme elettronica. Il quadro normativo italiano dopo il d. Legisl. 10/2002*, in *Contratto e Impresa*, 2/2002, p. 854, com mais referências). Este entendimento não é, porém, isento de reparos. Basta pensar que uma das espécies de assinatura electrónica é a impressão digital ou a retina, justamente características físicas do signatário.

<sup>30</sup> Decreto-Lei 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril, que transpõe a Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas, e pelo Decreto-Lei n.º 165/2004, de 6 de Julho, e regulamentado pelo Decreto-Regulamentar n.º 25/2004, de 15 de Julho. No essencial, as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril, destinam-se a colocar o diploma interno em conformidade com a directiva das assinaturas electrónicas (sobre a divergência anterior, vide Jorge de Sinde Monteiro, *Direito Privado Europeu – Assinatura Electrónica e Certificação (A Directiva 1999/93/CE e o Decreto – Lei*

n.º 290 – D/99, de 2 de Agosto), in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3918, 2001, pg. 262 ss; sobre a Directiva v. tb., por ex., Éric Caprioli, *La directive européenne n.º 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques*, Gaz. Pal. 29-31/2000, p. 5 ss). A directiva sobre assinatura electrónica segue uma “abordagem tecnologicamente neutra, que se articula em dois níveis de assinatura electrónica”, simples e avançada, se bem que esta última corresponda fundamentalmente, face ao estado actual da tecnologia, à assinatura digital (cfr., por ex., P. Van Eecke / J. Dumortier, *A Common Legal Framework for Electronic Signatures within the European Union, Electronic Commerce & Law Report*, 1999, pp. 1201 e 1204; Giusella Finocchiaro, *Firma digitale e firme elettronica. Il quadro normativo italiano dopo il d. Legisl. 10/2002*, in *Contratto e Impresa*, 2/2002, p. 868). Por essa razão, embora a nossa lei interna refira ainda a noção de assinatura electrónica qualificada à assinatura digital, admite como tal “outra modalidade de assinatura electrónica avançada que satisfaça exigências de segurança idênticas às da assinatura digital baseadas num certificado qualificado e criadas através de um dispositivo seguro de criação de assinatura” (art. 2.º-g). Em todo o caso, as anteriores referências à assinatura digital são substituídas por referências às assinaturas electrónicas avançadas e qualificadas; de igual modo, as referências às chaves públicas e privadas são substituídas pelas expressões “dados de criação de assinatura” e “dados de verificação de assinatura” (ver, por exemplo, arts. 3.º, 2, 6.º, e 7.º, 1). Além disso, são introduzidas novas definições no art. 2.º de acordo com o glossário da directiva (por ex., dispositivo de criação de assinaturas e dispositivo seguro de criação de assinaturas). Depois, aos organismos de certificação é atribuída a certificação e avaliação de conformidade dos produtos de assinatura electrónica utilizados na prestação de serviços de assinaturas electrónicas qualificadas pela entidade de certificação (art. 37.º). Por outro lado, é estabelecido um registo meramente declarativo junto da autoridade credenciadora relativamente às entidades de certificação que emitam certificados qualificados em ordem a assegurar um melhor e mais amplo controlo destas entidades pela autoridade credenciadora, pelos titulares de certificados e terceiros (art. 9.º, 2). Ademais, os deveres das entidades de certificação que emitem certificados qualificados são reforçados de modo a cumprir o anexo II da directiva (veja-se o art. 24.º relativo aos deveres da entidade certificadora que emite certificados qualificados). Alterados são também os deveres de informação à autoridade credenciadora das entidades de certificação que emitem certificados qualificados (art. 32.º), sendo de notar em especial que as entidades estão sujeitas a auditoria por um auditor de segurança que está sujeito a certos requisitos e deve elaborar um relatório à autoridade credenciadora (art. 33.º). Finalmente, de referir ainda, por exemplo, que as disposições relativas aos certificados provenientes de outros Estados-Membros são alteradas de modo a assegurar a livre circulação de produtos de assinaturas digitais no mercado interno na medida em que obedeçam aos requisitos da directiva (art. 38.º).

assinaturas electrónicas, atribui o controlo da actividade de certificação de assinaturas a uma entidade pública, e define os poderes e procedimentos, bem como as condições de credenciação da actividade e os direitos e os deveres das entidades certificadoras. Em especial, o diploma não sujeita a autorização administrativa prévia a actividade de certificação de assinaturas electrónicas, embora preveja um sistema voluntário de credenciação e fiscalização das entidades certificadoras por uma autoridade competente, em ordem a controlar as suas condições de idoneidade e segurança.

Assim, por um lado, relativamente à validade das assinaturas electrónicas, quem utilizar uma assinatura electrónica para provar que assinou um documento electrónico poderá ver atribuído a essa assinatura o mesmo valor legal que uma assinatura manuscrita consoante a assinatura electrónica que se use. Com efeito, para que se verifique essa equiparação é necessário, em primeiro lugar, que se utilize uma assinatura electrónica qualificada (art. 7.º), isto é, um processo de assinatura electrónica baseado num sistema criptográfico de algoritmos pelo qual um par de chaves (uma pública e uma privada) é gerado (art. 2.º, c). Segundo, essa assinatura electrónica qualificada deve ser baseada num certificado válido emitido por uma entidade de certificação acreditada pela autoridade credenciadora (art. 7.º, 4); ademais, o documento electrónico assim assinado é munido de força probatória plena (art. 3.º, 2).

Por outro lado, no que toca às certificadoras electrónicas, o regime dos prestadores de serviços de certificação assenta no princípio da liberdade de acesso e acreditação (ou credenciação) voluntária (art. 9.º). A autoridade credenciadora prevista no art. 40.º é o ITIJ (Instituto das Tecnologias da Informação na Justiça)<sup>31</sup>, o qual é assistido por um organismo de natureza consultiva, o Conselho Técnico de Credenciação.<sup>32</sup>

A concessão de credenciação a entidades de certificação depende da satisfação de um conjunto de requisitos (art. 12.º), nomeadamente:

---

<sup>31</sup> O Instituto das Tecnologias da Informação na Justiça (ITIJ) foi designado autoridade credenciadora (DL 146/2000, de 18 de Julho, art. 18.º, 3-j, DL 234/2000, de 25 de Setembro, art. 1.º).

<sup>32</sup> Decreto-Lei 234/2000, de 25 de Setembro.

1.º dispor de meios financeiros e de capital social adequados, no valor mínimo de 200.000,00 euros; 2.º prestar garantias de absoluta integridade e independência no exercício da actividade de certificação, exigindo-se nomeadamente que os membros dos órgãos de administração sejam pessoas de reconhecida idoneidade nos termos do art. 15.º; 3.º dispor de recursos humanos e técnicos adequados, incluindo um auditor de segurança (art. 16.º); 4.º manter um contrato de seguro válido para cobertura adequada da responsabilidade civil emergente da actividade de certificação, cujas características são definidas por Portaria do Ministro das Finanças (art. 17.º).<sup>33</sup>

De modo a tomar uma decisão, o ITIJ (autoridade credenciadora) poderá pedir informações complementares e proceder às averiguações que entender necessárias para o efeito. A decisão será comunicada à entidade de certificação dentro de 3 meses após a recepção do pedido de acreditação, e incluirá a emissão do certificado de chaves a ser usado pela entidade certificadora na emissão de certificados. Além disso, deverá ser comunicada às competentes autoridades de supervisão dos Estados-Membros da União Europeia (art. 17.º, 1, 2 e 5).

Em certas circunstâncias, a acreditação poderá ser recusada (art. 18), caducar (art. 19.º) ou ser revogada (arts. 20.º e 21.º). Por outro lado, as alterações da estrutura subjectiva da entidade certificadora devem ser comunicadas ao ITIJ (art. 22.º) e o registo das pessoas com acesso aos meios de certificação deve ser-lhe solicitado no prazo de quinze dias (art. 23.º).

No exercício da sua actividade, a entidade de certificação deve cumprir certos deveres previstos no art. 24.º, nomeadamente proceder à publicação imediata da revogação ou suspensão dos certificados (al. p)<sup>34</sup>. A entidade de certificação responde civilmente pelos danos

---

<sup>33</sup> Ver Portaria n.º 1370/2000, de 12 de Setembro.

<sup>34</sup> A relação entre a autoridade credenciadora e as entidades de certificação pode ser caracterizada como de *full disclosure*. Para começar, o certificador deve cumprir certos deveres de informação de modo a que o acreditador possa supervisionar a sua actividade (art. 32.º). Depois, os revisores oficiais de conta e os auditores externos devem comunicar à autoridade credenciadora infracções graves que detectem no exercício das suas funções (art. 34.º). Finalmente, é exigida a participação da autoridade de

sofridos pelos titulares dos certificados e quaisquer terceiros em consequência do incumprimento culposo dos seus deveres legais, sendo nulas as convenções de exoneração e limitação dessa responsabilidade (art. 26.º).

O diploma da assinatura electrónica regula ainda os certificados no que respeita à sua emissão (art. 28.º), conteúdo dos certificados qualificados (art. 29.º), sua suspensão e revogação (art. 30.º), bem como as obrigações do seu titular (art. 31.º). Um outro aspecto de regime a considerar é o facto de as assinaturas electrónicas qualificadas certificadas por entidade credenciada em outro Estado-membro serem equiparadas às assinaturas electrónicas qualificadas certificadas de acordo com a lei portuguesa (art. 38.º, 1).

#### § 4. Imobiliárias electrónicas, notários e certificadores

Nos contratos-promessa de celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício, ou fracção autónoma dele, já construído, em construção ou a construir, a lei exige documento assinado pela parte que se vincula ou por ambas, consoante o contrato-promessa seja unilateral ou bilateral, e reconhecimento presencial das assinaturas do promitente ou promitentes bem como a certificação, pelo notário, da existência da respectiva licença de utilização ou de construção (Código Civil, art. 410.º, 1, 2 e 3).

Suponha-se que uma empresa imobiliária tem um site na Internet, que disponibiliza informação sobre edifícios (e fracções autónomas) com demonstrações multi-media e, além disso, permite a celebração por via electrónica de contratos de arrendamento e de contratos-promessa de compra e venda relativos a esses imóveis.<sup>35</sup> Serão tais contratos válidos e providos de força probatória?

---

credenciação no processo de cessação da actividade da certificadora. Por exemplo, no caso de esta pretender cessar voluntariamente a sua actividade, deverá comunicar tal propósito à autoridade credenciadora com a antecipação mínima de 3 meses (art. 27.º, 1).

<sup>35</sup> Debateremos esta hipótese de trabalho na comunicação apresentada na Conferência "O Papel do Notário na Prevenção de Litígios e Defesa dos Direitos dos



Relativamente ao arrendamento, a questão parece resolvida pelo diploma do comércio electrónico, que expressamente não exclui o arrendamento do princípio da liberdade de celebração de contratos por meios electrónicos (art. 25.º, 1-c). Valerá a mesma solução para as promessas de compra e venda, ainda que meramente obrigacionais? Vejamos.

Para começar, o direito privado português rege-se pelo princípio da liberdade de forma no que respeita à validade (formal) da declaração negocial (art. 219.º CC). Todavia, em certos casos, a lei prevê excepções a este princípio, exigindo documento escrito para a validade do contrato.<sup>36</sup> Além disso, “quando a lei exigir, como forma da declaração negocial, documento autêntico, autenticado ou particular não pode este ser substituído por outro meio de prova ou por outro documento que não seja de força probatória superior” (Código Civil, art. 364º, 1).<sup>37</sup>

Ora, no caso em consideração a lei exige documento escrito assinado com reconhecimento presencial das assinaturas. Levantam-se aqui três questões. Primeira, o documento electrónico vale como documento escrito? Segunda, qual é o seu valor probatório? Terceira, se o valor probatório do documento electrónico for equivalente ao documento com reconhecimento presencial das assinaturas poderá a certificação do primeiro substituir ou tornar dispensável o reconhecimento presencial no segundo, entendendo-se que se trata apenas de uma formalidade *ad probationem* que não *ad substantiam*?<sup>38</sup>

---

Consumidores”, realizada no dia 28 de Março de 2003 no Auditório da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, sob organização da Associação Portuguesa de Notários. Vide o nosso *Notários, certificadores e comércio electrónico*, in *Estudos Multidisciplinares sobre Integração*, Fabio Luiz Gomes (Org.), Lúmen Júris Editora, Rio de Janeiro, 2004, pp. 5-21.

<sup>36</sup> A sanção geral para a inobservância da exigência legal de forma é a nulidade (Código Civil, art. 220.º).

<sup>37</sup> Porém, se resultar claramente da lei que o documento é exigido apenas para prova da declaração, pode ser substituído por confissão expressa, judicial ou extrajudicial, contanto que, neste último caso, a confissão conste de documento de igual ou superior valor probatório (art. 364º, 2, CC).

<sup>38</sup> Sobre a distinção entre formalidades *ad substantiam* e formalidades *ad probationem* vide, por todos, Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, cit., p. 145 ss; Mota Pinto, *Teoria Geral*, cit., p. 435.

A este respeito importa considerar, em primeiro lugar, que a directiva sobre comércio electrónico obriga os Estados-Membros a configurarem os respectivos sistemas legais de modo a que o regime dos contratos respeite o princípio da liberdade de celebração de contratos por meios electrónicos<sup>39</sup>. Assim, em princípio, é retirada aos Estados-

---

<sup>39</sup> Esta prescrição do direito comunitário respeita apenas aos requisitos legais, já não “aos obstáculos práticos resultantes da impossibilidade de utilizar meios electrónicos em determinados casos” (cons. 37). Mas não é de todo juridicamente irrelevante, já que os contratos reais *quoad constitutionem* se consideram apenas celebrados com a realização de um modo que se traduz na entrega da coisa. E as coisas corpóreas não podem, pelo menos por enquanto, ser entregues por via electrónica. Já quanto às coisas incorpóreas sustentamos entendimento diverso, apesar de a orientação comunitária considerar que se trata apenas e ainda de actos de prestação de serviços. Por exemplo, um programa de computador é uma coisa incorpórea que pode ser entregue em linha por via electrónica, não mudando a sua natureza em virtude da transmissão electrónica (para desenvolvimentos sobre esta questão, *vide* o nosso *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Stvdia Ivridica 55, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 591-9, nota 995 – no domínio dos direitos de autor na «sociedade da informação», refira-se, a talho de foice, que a Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto, transpôs para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação (alterando diversos artigos do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) e aditando-lhe o título VI, com a epígrafe «Protecção das medidas de carácter tecnológico e das informações para a gestão electrónica dos direitos»; esta Lei alterou também a Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, que regula o disposto no artigo 82.º do CDADC). Por outras palavras, o *software*, enquanto coisa incorpórea, não se transforma em serviço por ser entregue em linha por meios electrónicos, assim como não se converte em produto por ser entregue num suporte material (por ex., disquete ou CD). O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para as outras coisas incorpóreas. Pelo que se a lei circunscreve um determinado regime aos bens móveis corpóreos (por ex., a responsabilidade do produtor) a sua aplicação às coisas incorpóreas (por ex., um programa de computador) estará em princípio vedada (cf., porém, Dário Moura Vicente, *Comércio electrónico e responsabilidade empresarial*, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, cit., pp. 251-2). Será por isso necessário apurar mais cautelosamente as razões justificativas desse regime e aferir da sua procedência para as coisas incorpóreas, de modo a que se justifique a emenda à restrição legal, ao invés de se seguir uma argumentação puramente conceptual. Além disso, deverá ter-se em conta que a aplicação de um tal regime poderá colidir com valores fundamentais inerentes às coisas incorpóreas. Pense-se, por exemplo, no que seria a subordinação da liberdade de criação e difusão

-membros a possibilidade de prescreverem a invalidade ou ineficácia dos contratos, em razão de serem celebrados por meios electrónicos (art. 9.º, 1).<sup>40</sup>

Todavia, a directiva permite que os Estados-membros consagrem derrogações ao princípio da liberdade de celebração de contratos por meios electrónicos relativamente a todas ou algumas das seguintes categorias contratuais: a) contratos que criem ou transfiram direitos

---

literária, artística e científica a um regime de responsabilidade do produtor, responsabilizando-se o editor não apenas por *culpa in vigilando*, mas também pelos “defeitos” das obras ao nível das suas ideias e concepções em termos de não ser segura a sua utilização pelo público. Para além de protecção económica (do consumidor, claro está, enquanto agente económico), serviria tal lei, com proveito, o protecção político e cultural. Sendo certo que muito do que hoje é criativo exprime-se em software, através das artes digitais. Claro que o software é um caso muito problemático, em razão da sua «natureza híbrida». Mas o mesmo vale para as obras literárias em geral: tanto há livros de poesia, como manuais técnicos de instruções. Onde traçar a linha? Caso a caso, claro está. Assim como há software e software, também há livros e livros. Não deixam ambos de ser coisas incorpóreas. E também não é por isso que devem ser automaticamente excluídos ou incluídos em regimes cujo âmbito de aplicação literalmente não os abrange. De todo o modo, da nossa parte, há muito que colocamos reservas à aplicação do regime da responsabilidade (objectiva) do produtor ao software, enquanto tal – bem como às demais coisas incorpóreas –, não obstante reconhecermos a sua «natureza híbrida» (cf. *Contratos de software*, in A. Pinto Monteiro, *Direito dos Contratos e da Publicidade (Textos de apoio aos alunos do Curso de Direito da Comunicação no ano lectivo 1995/1996)*, Coimbra, 1996). Não significa isto recusar liminarmente tal possibilidade, antes apenas formular uma posição de princípio. De resto, sendo a questão muito problemática, não deixa de ser significativo que o legislador, por via de imposição comunitária, altere a lei para incluir os produtos da caça, mas já nada diga a propósito das coisas incorpóreas, nomeadamente o *software*.

<sup>40</sup> Este princípio vale não apenas para a celebração dos contratos mas também para todas as fases do *iter* contratual, isto é, todas as etapas e actos necessário ao processo contratual, de modo a remover sistematicamente todos os requisitos legais, nomeadamente de forma, susceptíveis de dificultar o recurso a contratos por via electrónica e a tornar exequíveis os contratos celebrados por via electrónica (cons. 34). Por outro lado, a consagração da liberdade de celebração de contratos por via electrónica deverá ser realizada “de acordo com as exigências legais aplicáveis aos contratos consagradas no direito comunitário” (cons. 38). Pense-se, nomeadamente, nas exigências em matéria de cláusulas abusivas e contratos à distância.

sobre bens imóveis, com excepção de direitos de arrendamento<sup>41</sup>; b) contratos que exijam por lei a intervenção de tribunais, entidades públicas ou profissões que exercem poderes públicos<sup>42</sup>; c) contratos de caução e garantias prestadas por pessoas agindo para fins exteriores à sua actividade comercial, empresarial ou profissional; d) contratos regidos pelo direito de família ou pelo direito sucessório (art. 9.º, 2).

Em face disto, parece que a validade do contrato-promessa em análise não poderia ser prejudicada pelo facto de ter sido celebrado por meios electrónicos.<sup>43</sup> Porém, como referimos em nota, o considerando 36 da directiva parece ainda acrescentar às excepções permitidas “os contratos legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais” (36, *in fine*). Isto levanta várias questões. Desde logo, qual é o valor normativo dos considerandos da directiva? A nosso ver poderão ter importância em sede de interpretação dos preceitos consagrados, mas não são, enquanto tais, disposições do acto comunitário. Depois, importa ainda esclarecer se a sujeição legal a reconhecimento ou autenticação notariais surge aqui enquanto requisito de validade do negócio ou antes apenas como sua condição de eficácia probatória, retomando-

---

<sup>41</sup> Não nos parece que a directiva tenha tomado posição sobre a questão da natureza jurídica do arrendamento. Claro que se fosse óbvio que os direitos de arrendamento não são direitos reais então não seria necessário excluí-los da derrogação. Mas sempre se poderá dizer que a directiva pretendeu justamente excluir os direitos de arrendamento dos direitos reais imobiliários, excepcionando-os da derrogação e não considerando o arrendamento um contrato real *quoad effectum*, por não se tratar de negócio constitutivo de direitos reais imobiliários. Sobre o problema da natureza jurídica do arrendamento *vide*, por todos, Manuel Henrique Mesquita, *Obrigações reais e ónus reais*, Almedina, Coimbra, 1990.

<sup>42</sup> “Para que possam produzir efeitos em relação a terceiros”, acrescenta o considerando 36, que ressalva ainda expressamente “os contratos legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais” (*in fine*). Note-se, porém, que a directiva sobre comércio electrónico não é aplicável às actividades dos notários ou profissões equivalentes, na medida em que se encontrem directa e especificamente ligadas ao exercício de poderes públicos, embora se reconheça que são do âmbito dos serviços da sociedade da informação (art. 1.º, 5-d, 2.º trav.), parecendo assim abrir a porta ao notariado electrónico.

<sup>43</sup> Já assim não sucederia tratando-se de uma promessa com eficácia real (Código Civil, art. 413.º).

-se a distinção entre formalidades *ad substantiam* e formalidades *ad probationem*.

A este propósito cumpre referir que a lei interna do comércio electrónico plasma o referido princípio da liberdade de celebração de contratos por via electrónica, impedindo que a sua validade ou eficácia “seja prejudicada pela utilização deste meio” (art. 25.º, 1). Em derrogação ao princípio, o diploma acolhe todas as excepções permitidas pela directiva e estabelece em forma de lei as explicitações constantes do considerando 36 no que respeita aos contratos que exijam a intervenção de tribunais, entes públicos ou outros entes que exercem poderes públicos, nomeadamente quando aquela intervenção condicione a produção de efeitos em relação a terceiros, e ainda os negócios legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais (art. 25.º, 2-b).<sup>44</sup> Isto é, a lei interna fez norma do considerando da directiva. Significa isto que a promessa de compra e venda de imóvel não pode ser concluída por meios electrónicos?

Com efeito, poderia sustentar-se que o contrato-promessa de que cuidamos não pode ser celebrado por via electrónica, uma vez que se exige reconhecimento presencial das assinaturas do promitente ou promitentes e a certificação, pelo notário, da existência da respectiva licença de utilização ou de construção. Todavia, o acerto dessa posição é questionável, entendendo-se desde logo que a autenticação notarial constitui mera formalidade *ad probationem* que não *ad substantiam*, uma vez que as exigências de valor probatório do documento<sup>45</sup> poderão ser satisfeitas através da aposição de assinatura electrónica qualificada certificada por empresa credenciada, nos termos do diploma sobre as assinaturas electrónicas. Com efeito, em ambos os casos goza o

---

<sup>44</sup> Além disso, o diploma interno não se limita a transpor a directiva, uma vez que acrescenta ainda que “só tem de aceitar a via electrónica para a celebração dum contrato quem se tiver vinculado a proceder dessa forma”, sendo “proibidas cláusulas contratuais gerais que imponham a celebração por via electrónica dos contratos com consumidores” (art. 25.º, 3 e 4).

<sup>45</sup> Sobre o problema do valor probatório dos documentos electrónicos ver, nomeadamente, Miguel Teixeira de Sousa, *O valor probatório dos documentos electrónicos*, in *Direito da Sociedade da Informação*, II, Coimbra, 2001, pp. 171 ss.

documento de força probatória plena. Assim, a resposta dependeria antes da qualificação da referida formalidade. Se entendermos que se trata de formalidade *ad substantiam*, então a resposta seria negativa, no sentido de o contrato-promessa não poder ser celebrado por via electrónica. Mas se entendermos que se trata de formalidade *ad probationem*, então a validade formal do contrato não seria prejudicada pelo facto de ter sido celebrado por via electrónica, levantando-se a questão de saber se poderá encontrar a sua força probatória numa certificação electrónica.

A este respeito interessa referir que a lei interna não apenas prescreve o princípio da liberdade de celebração de contratos por via electrónica como ainda estabelece o princípio da equiparação do documento electrónico ao documento escrito, dispondo que “as declarações emitidas por via electrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação” (art. 24.º, 1), mais se acrescentando que “o documento electrónico vale como documento assinado quando satisfizer os requisitos da legislação sobre assinatura electrónica e certificação” (art. 24.º, 2). Nos termos do diploma sobre assinatura electrónica e certificação, o documento electrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja susceptível de representação como documento escrito (art. 3.º, 1); além disso, se lhe for aposta uma assinatura electrónica qualificada, isto é, através de utilização de uma chave privada cuja correspondente chave pública conste de certificado público emitido por entidade certificadora credenciada, o documento electrónico é equiparado ao documento particular assinado, fazendo prova plena do seu conteúdo e gozando das presunções de que a aposição da assinatura foi do respectivo titular ou seu representante, de que a mesma foi feita com a intenção de subscrever o documento e de que este não sofreu alteração posterior (art. 3.º, 3, art. 7.º, 1, e art. 376.º CC)<sup>46, 47</sup>.

---

<sup>46</sup> Além disso, gozam de eficácia *inter partes* e *erga omnes* a data e hora de criação do documento bem como a expedição ou recepção de um documento electrónico que contenha uma validação cronológica emitida por uma entidade credenciada (art. 6.º, 2).

Isto significa que, para efeitos de força probatória, estes documentos são equiparados aos documentos particulares com reconhecimento notarial. Assim sendo, poderia dizer-se que o contrato-promessa de que tratamos não seria inválido por ter sido celebrado por via electrónica e, além disso, teria força probatória plena por lhe ter sido aposto certificado emitido por entidade certificadora credenciada. Por esta via, dada a equivalência da força probatória, a formalidade *ab probationem* consubstanciada no reconhecimento presencial da assinatura do promitente seria satisfeita pela assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciada.

Este grupo de casos permite compreender a importância das assinaturas electrónicas para o desenvolvimento do comércio electrónico. Tanto mais que os tempos são de informalização e de informatização dos procedimentos contratuais. Se a lei não exige mais documento autêntico ou autenticado para a validade do negócio e se a certificação electrónica confere idêntico valor probatório ao reconhecimento notarial das assinaturas, então a informalização legal dos procedimentos negociais abriria aos prestadores de certificação um campo de acção considerável. Para além de todos os negócios cuja validade não dependia de documento escrito ou que se bastava com simples documento particular, a legislação franqueou as portas aos prestadores de certificação relativamente a uma série de domínios tradicionalmente reservados aos notários e à fé pública, mormente no campo do direito das empresas, com especial relevo para as sociedades comerciais e para os arrendamentos comerciais e equiparados.<sup>48</sup>

Todavia, são ainda vastos os domínios de reserva legal de intervenção notarial. Desde logo, é extensa a lista de actos que se devem

---

<sup>47</sup> É admitida a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos electrónicos, incluindo a assinatura electrónica não conforme com as exigências previstas no diploma, desde que tal meio seja adoptado pelas partes ao abrigo de válida convenção sobre prova ou seja aceite pela pessoa a quem for oposto o documento (art. 3.º, 4).

<sup>48</sup> Por exemplo, o Decreto-Lei n.º 64-A/2000, de 22 de Abril, possibilitou a realização de contratos de arrendamento para comércio, indústria ou exercício de profissão liberal, bem o como trespasse e cessão de exploração de estabelecimento comercial através de contrato escrito, dispensando-se a escritura pública.

celebrar por escritura pública prevista no art. 80.º do Código do Notariado. Neste sentido, o sistema de notariado latino, com as suas exigências de controlo preventivo *a priori*, reduzindo os litígios e cobrindo com a fé pública diversos e importantes domínios da actividade jurídica, confere ainda aos notários um papel indispensável.

Talvez por isso, o diploma do comércio electrónico tenha feito lei do considerando da directiva no sentido de excluir do princípio a que chamou “da admissibilidade” dos contratos por meios electrónicos os negócios legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais, não obstante tal intervenção poder ser apenas requisito de força probatória do documento. Trata-se de uma exclusão ampla, que parece abranger toda e qualquer exigência de intervenção notarial, independentemente do seu valor negocial em termos de validade, eficácia ou força probatória. O ponto, todavia, não é isento de dúvidas, pois não deixa de contrastar com o princípio geral de que a validade e a eficácia (e, acrescentaríamos, a força probatória) do negócio jurídico não podem ser prejudicadas pela utilização dos meios electrónicos. De todo o modo, é um exemplo que ilustra bem a «abordagem maximalista» adoptada pelo diploma de transposição em certos aspectos substanciais de regime. E que poderá ter o efeito económico de não promover o exercício de uma importante actividade pelas vias electrónicas.

Contudo, não será neste ponto que a lei contraria a directiva, que a permite (cons. 36), parecendo reservar este campo de acção aos notários e “abrindo as portas” ao notariado electrónico. De resto, o Estatuto dos Notários<sup>49</sup> prevê a possibilidade de utilização pelos notários do “correspondente digital do selo branco, de acordo com o disposto na lei reguladora dos documentos públicos electrónicos” (art. 21.º)<sup>50</sup>, parecendo que tais actos notariais poderão já ser praticados por meios electrónicos.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> Decreto-Lei n.º 26/2004, de 4 de Fevereiro.

<sup>50</sup> Vide Joel T. Ramos Pereira, *Compêndio jurídico*, cit., p. 641.

<sup>51</sup> Contudo, não nos parece que seja admitida entre nós a chamada escritura pública electrónica. É verdade que no direito comparado registam-se experiências que conferem aos notários poderes de exarar escrituras públicas electrónicas, autenticar documentos electrónicos ou reconhecer assinaturas electrónicas. Por exemplo, a lei



## § 5. Direitos do consumidor no comércio electrónico

A lei do comércio electrónico estabelece vários limites à liberdade contratual no *iter* negocial do comércio electrónico, através de normas imperativas que se destinam a proteger o consumidor<sup>52</sup>, tais como,

---

francesa admite a escritura pública electrónica e a lei italiana abre as portas à autenticação da assinatura digital (cf. Antonio Rodríguez Adrados, *La firma electrónica*, Revista Jurídica del Notariado, Julio Septiembre, 2000, p. 171). Entre nós, não nos parece que a recente alteração legislativa tenha modificado a situação legal, no sentido de tornar possível a emissão electrónica de documentos autênticos pelos notários (ver também, no direito espanhol, Juan Bolás Alfonso, *Firma Electrónica, Comércio Electrónico e Fe Pública Notarial*, Revista Jurídica del Notariado, Octubre-Diciembre, 2000, p. 63, sustentando que a “equiparación de la firma electrónica a la firma manuscrita no equivale a la equiparación del documento privado al documento público”, e chamando também a atenção para a diferente lógica entre documentos particulares e documentos públicos e seu impacto social no que respeita ao dever de colaboração dos Notários com a administração fiscal – p. 64). É verdade que o diploma dos documentos electrónicos prevê no art. 5.º, relativo aos documentos electrónicos dos organismos públicos, que estes “podem emitir documentos electrónicos com assinatura electrónica qualificada aposta em conformidade com as normas do presente diploma” (n.º 1). Todavia, a equiparação do documento electrónico ao documento escrito em termos de força probatória remete para os “documentos particulares” regulados no Código Civil (arts. 373.º ss) e não para os documentos autênticos aí definidos (arts. 369.º ss). Além do mais, não nos parece que tal seja possível nos termos do Código do Notariado (*vide* o nosso *Notários, certificadores e comércio electrónico*, cit., pp. 18 ss).

<sup>52</sup> Ao que parece, os preceitos de protecção do consumidor destinam-se-iam a “adoçar” a “protecção prevalente das empresas de informática” (Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 109). Mas, apesar de a protecção do consumidor justificar a imposição de limites à liberdade contratual electrónica, a lei do comércio electrónico não prevê uma noção de consumidor. Assim sendo, coloca-se a questão de saber se deverá valer a noção de consumidor constante da nossa lei geral do consumidor ou antes a que é prevista no texto da directiva, que o define como sendo qualquer pessoa singular que actue para fins alheios à sua actividade comercial, empresarial ou profissional (art. 2.º, al. e), sendo certo que esta noção não é igual a outras noções de consumidor previstas noutras directivas (falando-se, por isso, na noção “caleidoscópica” de consumidor no direito comunitário – *vide* os nossos *Comércio electrónico*, cit., pp. 86 ss; *A protecção do consumidor no quadro da directiva sobre o comércio electrónico*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, Centro de Direito do Consumo, FDUC, Coimbra, 2000, pp. 59 ss). A questão não é meramente teórica, uma vez que o âmbito de protecção (subjectiva) das normas poderá ser maior ou menor

nomeadamente: a) é proibida a publicidade oculta (art. 21.º), o que de resto já resultava do princípio da identificabilidade das mensagens publicitárias que é um princípio geral do nosso direito publicitário, encontrando-se expressamente consagrado no Código da Publicidade<sup>53</sup>; b) o envio automático de mensagens electrónicas para fins de marketing directo depende em princípio de autorização do consumidor (art. 22.º)<sup>54</sup>;

consoante a noção de consumidor em causa. Se a noção geral de consumidor do direito português for mais ampla ou mais estreita do que a noção prevista na directiva sobre comércio electrónico, então o diploma de transposição estará a ampliar ou a restringir o regime de protecção do consumidor que prevê. Em qualquer caso, poderá levantar-se a questão da sua conformidade com o direito comunitário, ora porque ampliando o círculo de beneficiários as medidas de protecção poderão ter efeitos restritivos da liberdade de prestação de serviços, ora porque restringindo-o a directiva não terá sido correctamente transposta; nesta segunda hipótese, parece-nos todavia que o princípio da interpretação da lei nacional em conformidade com a directiva levará a que a noção interna de consumidor deva abranger todos e apenas aqueles que poderiam beneficiar das medidas de protecção do consumidor previstas na directiva, ainda que não necessariamente da protecção adicional estabelecida pelo diploma de transposição. Isto não significa porém que por via de interpretação se possa salvar sempre a conformidade de toda e qualquer lei de transposição com a respectiva directiva comunitária (questão esta que, de resto, se coloca de um modo geral no que respeita à conformidade das leis com a constituição – vide A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica (Problemas Fundamentais)*, Stvdia Ivridica, 1, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 195-6). É dizer que a interpretação tem limites, pois que “a «correção do direito incorrecto» não pode ir ao ponto de «criar direito legal» (J.J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador (Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, p. 295). Sob pena de a letra da lei ser de todo dispensável. Por exemplo, se a lei diz que a encomenda só se torna definitiva com a confirmação dada pelo destinatário na sequência do aviso de recepção, então não será razoável dizer que a encomenda inicial já é definitiva, e não apenas provisória, com o que isso significa em termos de regime. Além disso, se se exige que a confirmação seja dada na sequência do aviso de recepção, então a regra da exigência de confirmação só faz pleno sentido para os casos em que o aviso de recepção é imperativo, isto é, nas relações com consumidores. Por essa razão nos parece que esta condição legal suspensiva só vale imperativamente para os contratos electrónicos de consumo.

<sup>53</sup> Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro (com alterações posteriores).

<sup>54</sup> Neste aspecto, a lei interna antecipou a transposição do art. 13.º da directiva sobre privacidade e as comunicações electrónicas (Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002).

c) são proibidas as cláusulas que imponham ao consumidor o recurso à contratação automática (art. 25, 4)<sup>55</sup>; d) o fornecedor tem que colocar à disposição do consumidor dispositivos de identificação e correcção de erros (art. 27.º), bem como prestar-lhe um conjunto de informações prévias à ordem de encomenda e ao aviso de recepção (art. 28.º); e) o

---

<sup>55</sup> Não é isenta de dificuldades a articulação desta proibição de cláusulas contratuais que imponham a celebração por via electrónica dos contratos com consumidores com o regime das cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95 de 31 de Janeiro, que transpõe a Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 31 de Julho). Com efeito, levanta-se desde logo o problema de saber se se trata de cláusulas proibidas ao nível do controlo da formação do acordo, o que levaria à sua exclusão dos contratos singulares, ou de cláusulas proibidas ao nível do conteúdo dos contratos, que são feridas de nulidade; nesta última hipótese, coloca-se ainda a questão de saber se são cláusulas absolutamente proibidas ou antes cláusulas apenas relativamente proibidas, sendo que a invalidade destas últimas varia consoante o “quadro negocial padronizado” (vide M.J. de Almeida Costa, *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.ª ed. rev. e act., Lisboa, 1999; M. J. Almeida Costa/A. Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85*, de 25 de Outubro, Coimbra, 1990; J. Oliveira Ascensão, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, ROA 200, p. 573; António Pinto Monteiro, *La Directive “Clauses Abusives”, 5 Ans Après – A Transposição para a Ordem Jurídica Interna da Directiva 93/13/CEE*, BFD 1999, p. 523, *El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores*, RDM 1996, p. 79, *The Impact of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts on Portuguese Law*, ERPL 1995, p. 231, *Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité et la protection du consommateur*, BFD 1993, p. 161, *Contratos de adesão (o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro)*, ROA 1986, p. 733; J. Sinde Monteiro / Almeno de Sá, *Das Portugiesische AGB-Gesetz und die Umsetzung der EG-Richtlinie über Missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, BFD 1997, p. 173; J. Sousa Ribeiro, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra: Almedina, 1999; Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, Almedina, Coimbra, 2.ª ed. revista e aumentada, 2001). Em todo o caso, note-se que a proibição geral de cláusulas contratuais gerais que imponham a celebração por via electrónica dos contratos com consumidores pode revelar-se extremamente problemática, em especial no domínio do comércio electrónico directo B2C. O que, de resto, só agudizará a questão de saber se tal proibição estará em conformidade com o direito comunitário.

fornecedor deve acusar imediatamente recepção da encomenda, salvo se proceder à imediata prestação em linha do produto ou serviço (art. 29.º, 1 e 2); f) especial medida de protecção do consumidor é ainda a tão inovadora quanto problemática disposição nos termos da qual a encomenda só se considera definitiva com a recepção por parte do fornecedor da confirmação da encomenda enviada na sequência do aviso de recepção (art. 29.º, 5).<sup>56</sup>

Por outro lado, os contratos negociados e concluídos por consumidores através da internet constituem uma espécie de contratos à distância, encontrando-se, nessa medida, sujeitos ao respectivo regime<sup>57</sup>, que impõe vários limites à liberdade contratual. Com efeito, o consumidor tem direito a um conjunto de informações prévias à celebração do contrato, que acrescem às previstas na lei do comércio electrónico<sup>58</sup>,

---

<sup>56</sup> Esta medida, para além das suas implicações na dogmática do momento da celebração dos contratos, porquanto parece introduzir uma condicionante para certos contratos electrónicos de consumo, suscita questões delicadas em sede conformidade com as exigências jurídicas do mercado interno, *maxime* no que respeita às restrições à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação.

<sup>57</sup> Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril (transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância, regula os contratos ao domicílio e equiparados, as vendas automáticas e as vendas especiais esporádicas e estabelece modalidades proibidas de vendas de bens ou de prestação de serviços). Sobre este regime *vide*, nomeadamente, Miguel Pupo Correia, *Contratos à distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade de informação?*, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 4, CDC/FDUC, 2002, pp. 165 ss; v. tb., no direito comparado, nomeadamente, M. Trochu, *Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: directive n.º 97-7 CE du 20 mai 1997*, Recueil Dalloz, 1999, p. 179 ss; D. Valentino, *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, Rassegna 1998, p. 375; H. Köhler, *Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping)*, NJW 1998, p. 185; M. Martinek, *Verbraucherschutz im Fernabsatz – Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie*, NJW 1998, p. 207; V. Zeno-Zencovich, *La tutela del consumatore del commerce elettronico*, DirInf 3/2000, p. 439.

<sup>58</sup> Para uma análise dos deveres de informação no comércio à distância, incluindo o comércio electrónico, tal como previstos nos instrumentos comunitários, *vide* Paulo Mota Pinto, *Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância (Notas sobre o direito comunitário em vigor)*, in Estudos de Direito do Consumidor,

podendo ser atribuído relevo contratual a essa informação nos termos da Lei do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho) e da própria lei dos contratos à distância, que parece conceber normativamente a posição do prestador como estando na situação de proposta contratual (art. 4.º, 1-h). Além disso, em termos gerais, o consumidor tem o direito de «resolver» *ad nutum* e sem despesas os contratos à distância no prazo geral de 14 dias (art. 6.º).<sup>59</sup>

---

n.º 5, CDC/FDUC, 2003, pp. 183 ss. Estes deveres de informação dão corpo ao chamado «princípio da transparência» no comércio electrónico (cf. o nosso *Princípios*, cit., pp. 87 ss), cumprindo, neste domínio, o “imperativo da transparência” e reforçando o seu valor de “candidato natural” a um acervo comunitário do direito dos contratos (Joaquim de Sousa Ribeiro, *O princípio da transparência no direito europeu dos contratos*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, cit., pp. 137-162).

<sup>59</sup> Sobre a natureza jurídica deste direito *vide* Enrique Rubio Torrano, *Contratación a distancia y protección de los consumidores en el derecho comunitario; en particular, el desistimiento negocial del consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, cit., pp. 71 ss (definindo-o como “derecho de desistimiento *ad nutum*”). Em nossa opinião, tendo em conta a dogmática civilística, tratar-se-á de uma condição legal resolutiva (*vide* Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, cit., 366 ss), de natureza imperativa, potestativa e arbitrária (*vide* Mota Pinto, *Teoria geral*, cit., pp. 556 ss). Estaremos aqui perante uma condição potestativa *verdadeiramente* arbitrária, uma vez que, ao contrário aliás da segunda modalidade da venda a contento (art. 924.º, 1, do Código Civil) mas já semelhante à venda a retro (art. 927.º do Código Civil), o comprador não tem sequer que declarar que a coisa não lhe agrada (situação análoga se passa, aliás, com a não confirmação da encomenda, se bem que aqui a condição seja suspensiva). Ao que não será estranha, de resto, a natureza imprópria desta condição, resultante da sua origem legal, que introduz um desvio aos “cânones” clássicos por razões de protecção do consumidor. O que, todavia, não constitui obstáculo a uma revisão do Código Civil que integre o direito consumidor, à semelhança de experiências jurídicas no direito comparado, nomeadamente a holandesa e a germânica. Claro está, todavia, que poderá entender-se que o direito do consumidor se aproxima mais do direito comercial ou, pelo menos, do direito das empresas, já que as relações jurídicas de consumo pressupõem a existência de um profissional (ainda que não comercial), isto é, o direito do consumidor não entra nas relações entre “particulares” (ou consumidores), sendo por isso uma forma de regulação de actividades económicas e fonte de respectivos custos de transacção, isto é, em suma, «direito do mercado» (sobre isto *vide* C. Lucas de Leyssac / P. Gilbert, *Droit du marché*, PUF, Paris, 2002). Por conseguinte, poderia localizar-se o direito do consumidor também numa eventual revisão «empresarialista» do Código Comercial, no sentido de abranger a regulação mercantil das práticas empresariais (incluindo a actividade dos profissionais liberais e de outros

A protecção do consumidor resulta ainda de um regime de jurisdição favorável, quer em termos de tribunal competente quer de lei aplicável, uma vez que o consumidor poderá intentar acções contra a outra parte no tribunal do seu domicílio, o qual aplicará a respectiva legislação, nos termos do regulamento comunitário sobre competência judiciária em acções civis e comerciais, e da convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais.<sup>60</sup> Pelo que, como referimos:

---

agentes económicos hoje legalmente não comerciais, como os agricultores) ou, ao menos, numa lei destinada a regular as práticas mercantis desleais e agressivas (vide Luís M. T. de Menezes Leitão, *A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, cit., pp. 163 ss). Nesta via, a cláusula geral da concorrência desleal, tradicionalmente inserida entre nós no Código da Propriedade Industrial (art. 260.º), seria re-localizada ou numa eventual revisão do Código Comercial (à semelhança do Código Comercial de Macau – vide o nosso *Business Law: A Code Study – The Commercial Code of Macau*, Coimbra, 2004, pp. 26-7), ou autonomizada num regime das práticas concorrenciais, à semelhança da experiência germânica. De resto, no direito alemão a protecção do consumidor foi incluída também no círculo de protecção (*Schutzzwecktrias*) do direito da concorrência (vide H. Köhler, *UWG-Reform und Verbraucherschutz*, GRUR 4/2003, pp. 265 ss), falando-se a propósito de uma “mudança de função” do direito da concorrência desleal (H.-W. Micklitz / J. Kebler, *Funktionswandel des UWG*, WRP 8/2003, pp. 919 ss).

<sup>60</sup> Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, e Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (1980). Para desenvolvimentos sobre esta matéria veja-se o nosso *A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001*, cit., pp. 638 ss, e, sobretudo, António Marques dos Santos, *Direito aplicável aos contratos celebrados através da Internet e tribunal competente*, e Luís de Lima Pinheiro, *Competência internacional em matéria de litígios relativos à Internet*, ambos in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, cit., respectivamente pp. 107 ss e pp. 171 ss; Marta Requejo Isidro, *Contratación electrónica internacional: delimitación y coordinación de los instrumentos sobre la ley aplicable*, BFD LXXIX, 2003, pp. 581 ss; Dário Moura Vicente, *Comércio electrónico e competência internacional*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, FDUL, Coimbra Editora, 2004, pp. 903-915 (crítico em relação aos efeitos restritivos de uma regra de competência do foro do consumidor amplamente concebida no Regulamento 44/2001); v. tb. Idem, *A competência judiciária em matéria de conflitos de consumo nas Convenções de Bruxelas e de Lugano: regime vigente e perspectivas de reforma*, in *Estudos de Direito do Consumo*, Almedina, 2002, pp. 107-130; Elsa Dias Oliveira, *A Protecção dos Consumidores*, cit., *passim*, *Lei aplicável aos*

“Quem se propõe negociar com consumidores através da Internet vê-se confrontado com o risco de se sujeitar a tantas jurisdições quantas as diferentes ordens jurídicas com as quais os seus negócios podem ter conexão.”<sup>61</sup> O regime de jurisdição favorável ao consumidor não cede, em princípio, face à regra do controlo no país de origem, que admite a possibilidade de controlo no país de destino ainda que condicionado ao respeito pelo direito comunitário.<sup>62</sup>

A actividade de prestação de serviços da sociedade da informação<sup>63</sup> é subordinada ao princípio da liberdade de exercício, no sentido de que

---

*contratos celebrados com os consumidores através da Internet e tribunal competente*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, cit., pp. 219 ss, e *Tutela do consumidor na Internet, Direito da Sociedade da Informação*, V, cit., pp. 353-357. Sobre os meios alternativos (administrativos, mediação e arbitragem em linha, e procedimentos *sui generis*) de resolução de litígios de «consumo electrónico» vide Dário Moura Vicente, *Meios extrajudiciais de composição de litígios emergentes do comércio electrónico*, in *Direito da Sociedade da Informação*, V, cit., pp. 145-183.

<sup>61</sup> *Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos electrónicos de consumo*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, Centro de Direito do Consumo, FDUC, Coimbra, 2001, p. 281. Para evitar tal resultado, é conveniente que o oferente delimite territorialmente o mercado dos seus produtos ou serviços, definindo na sua publicidade os Estados que estão abrangidos por ela ou então excluir expressamente aqueles que não são visados – cf. Guillermo Palao Moreno, *Comercio electrónico y protección de los consumidores en los supuestos de carácter transfronterizo en Europa: problemas que plantea la determinación de los tribunals competentes*, in *Mercosul, ALCA e Integração Euro-Latina-Americana*, Luiz Otávio Pimentel (Org.), Vol. I, Juruá Editora, Curitiba, 2001, p. 282 (“el comerciante (...) deberá el mismo concretar en la publicidad que sitúa en la red, los Estados a los que la oferta va dirigida o excluir expresamente aquellos para los que no va orientada. Esto es delimitar el territorialmente mercado de sus productos o servicios.”).

<sup>62</sup> Sobre o sentido e limites da sujeição ao respeito pelo direito comunitário do controlo no país de destino dos seus padrões normativos de defesa do consumidor veja-se o nosso *A protecção do consumidor*, cit., em especial pp. 82 ss.

<sup>63</sup> Estes serviços são definidos como qualquer serviço prestado a distância por via electrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma actividade económica na sequência de pedido individual do destinatário, com exclusão expressa dos serviços enumerados no anexo ao Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de Abril, salvo no que respeita aos serviços contemplados nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 daquele anexo (art. 3.º, 1 e 2). A definição de serviços da sociedade da informação é importante, uma vez que recorta o tipo de actividade que fica sujeito ao regime estabelecido no

não depende de autorização prévia (art. 3.º, 3). Além disso, com excepção das situações previstas no art. 6.º, o exercício desta actividade fica sujeita ao princípio do país de origem, no sentido de que os prestadores de serviços da sociedade da informação estabelecidos em Portugal ficam sujeitos à lei portuguesa relativa à actividade que exercem, mesmo

---

diploma. Desde logo, o princípio da liberdade de exercício não prejudica o disposto no domínio das telecomunicações, bem como todo o regime de autorização que não vise especial e exclusivamente os serviços da sociedade da informação (art. 3.º, 4). De todo o modo, como refere Oliveira Ascensão: "Tudo é metafórico nestas noções. Prestador ou provedor de serviços da sociedade da informação não diz nada" (in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 105). É por isso necessário atender também ao preâmbulo da directiva. Nos termos do considerando 18, os serviços da sociedade da informação abrangem uma grande diversidade de actividades económicas, que podem, nomeadamente, consistir na venda de mercadorias em linha e na possibilidade de celebrar contratos em linha; além disso, abrangem também, tratando-se de uma actividade económica, serviços que não são remunerados pelo respectivo destinatário, como os que consistem em prestar informações em linha ou comunicações comerciais, ou ainda os que fornecem ferramentas de pesquisa, acesso e descarregamento de dados. Igualmente abrangidos na noção de serviços da sociedade da informação estão os serviços de transmissão de informação por meio de uma rede de comunicações, de fornecimento de acesso a uma rede de comunicações ou de armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço, bem como os serviços transmitidos ponto a ponto, como o vídeo a pedido ou o envio de comunicações comerciais por correio electrónico. Pela negativa, esta noção não abrange os serviços enumerados na lista indicativa do anexo V da Directiva 98/34/CE que não envolvem tratamento e armazenamento de dados, nem as actividades como a entrega de mercadorias enquanto tal ou a prestação de serviços fora de linha. Também excluída desta noção é a radiodifusão televisiva, na acepção da Directiva 89/552/CEE, e a radiodifusão, uma vez que não são prestados mediante pedido individual. Considera-se ainda que a utilização do correio electrónico ou de comunicações comerciais equivalentes, por exemplo, por parte de pessoas singulares agindo fora da sua actividade comercial, empresarial ou profissional, incluindo a sua utilização para celebrar contratos entre essas pessoas, não são serviços da sociedade da informação. Também nesta definição não cabem nem a relação contratual entre um assalariado e a sua entidade patronal nem as actividades que, pela sua própria natureza, não podem ser exercidas à distância e por meios electrónicos, tais como a revisão oficial de contas de sociedades, ou o aconselhamento médico, que exija o exame físico do doente. A ilustração exemplificativa prevista na directiva sobre comércio electrónico, não apenas em termos negativos, mas também em termos positivos, deverá servir de auxiliar interpretativo na concretização da noção de serviços da sociedade da informação.



no que concerne a serviços prestados noutra país comunitário (art. 4.º, 1). Este princípio destina-se a promover a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno. Todavia, são ressalvadas certas exigências legais, nomeadamente em matéria de protecção dos consumidores, que podem colocar obstáculos a essa liberdade. Com efeito, o diploma “não exclui a aplicação da legislação vigente que com ele seja compatível, nomeadamente no que respeita ao regime dos contratos celebrados a distância e não prejudica o nível de protecção dos consumidores, incluindo investidores, resultante da restante legislação nacional” (art. 3.º, 5).

Segundo o teor literal da norma, só as disposições restritivas compatíveis com o disposto no diploma de transposição poderão ser aplicadas. *Prima facie*, poderia dizer-se, por isso, que o legislador terá dado prevalência à liberdade do comércio electrónico em detrimento da protecção dos consumidores. Contudo, a *ratio* do art. 1.º, 3, *in fine*, da directiva, é impedir que a aplicação nacional do direito do consumidor se traduza em protecção económica contrário à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno, pelo que as soluções de protecção do consumidor consagradas no diploma ficam também sujeitas a esse controlo. Ora, justamente, não é certo que as medidas, algo «maximalistas», de protecção do consumidor previstas no diploma de transposição possam ser consideradas conformes ao direito comunitário. Vejamos.

## § 6. O princípio do país de origem e os mínimos comunitários de protecção

A protecção do consumidor é um dos objectivos principais da directiva sobre comércio electrónico. Logo nos trabalhos preparatórios<sup>64</sup> a Comissão atribuiu ao consumidor um papel de «protagonista principal» do comércio electrónico. Ao mesmo tempo, porém, a directiva pretende

---

<sup>64</sup> Ver *Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*, Comunicação da Comissão, COM (1997) 157 final.

assegurar, de igual modo, a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno, sendo que a protecção do consumidor poderá constituir, justamente, um obstáculo a essa liberdade. Além disso, a política comunitária de defesa do consumidor<sup>65</sup> no comér-

---

<sup>65</sup> Sobre o impacto do direito do consumidor (e sua possível diluição) no direito privado, vide Hans-W. Micklitz, *The Necessity of a New Concept for the Further Development of the Consumer Law in the EU*, in *German Law Journal*, vol. 4, 10/12003. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para o direito do comércio electrónico, o qual em diversos aspectos consagra soluções de harmonização do direito privado (cf. J. Sinde Monteiro, *Assinatura electrónica e certificação*, cit.). Porém, no sentido de que “a directriz regula o comércio electrónico. Só o comércio poderia estar previsto. Aliás, só ao comércio se estendem os poderes de harmonização comunitária, não ao Direito Privado Comum. A entender-se assim, a ambiguidade comunitária deve resolver-se no sentido de só englobar os contratos comerciais (com a extensão já referida aos “empresariais” e profissionais).” (Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 112). Receamos, porém, que o direito privado comum não seja de todo “imune” à harmonização comunitária, a menos que se entenda que o direito privado comum não abrange as actividades económicas privadas, o que se afigura muito duvidoso. De todo o modo, não é por acaso que os actos de harmonização comunitária com impacto no direito privado se fundamentam geralmente na necessidade de defesa do consumidor, pois que é este justamente um domínio para o qual a Comunidade tem competência (vide, em especial, o art. 153.º do Tratado de Roma, na versão actualizada pelo Tratado de Amesterdão) aí encontrando base legal para a sua actuação. Assim, ao lado de um direito privado comum geral brota da fonte comunitária um direito privado comum especial, destinado a regular as relações económicas privadas entre profissionais e consumidores no mercado interno (de resto, deve-se a este acervo comunitário boa parte da actual “europeização” do direito privado, não obstante o seu carácter fragmentário e por vezes incoerente, que aliás poderá justificar um instrumento codificador: vide Jorge de Sinde Monteiro, “Conclusões”, *Um Código Civil para a Europa / A Civil Code for Europe / Un Code Civil pour l’Europe*, Studia Iuridica, 64, Colloquia 8, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 291 ss e *passim*; sobre o papel do direito do consumidor para o desenvolvimento do direito civil europeu v. tb., por ex., K. Tonner, *Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts*, JZ 1996, p. 533; para uma análise da influência do direito do consumo no sistema jurídico, vide N. Sauphanor, *L’Influence du droit de la consommation sur le système juridique* (pref. de Jacques Ghestin), L.G.D.J., Paris, 2000). Não havendo razões que justifiquem o alargamento deste regime às relações apenas entre profissionais (ou a alguns deles, como sejam os comerciantes) ou às relações apenas entre consumidores (que, de resto, não existem juridicamente), agudiza-se o problema da noção de consumidor, enquanto tipo subjectivo essencial do âmbito normativo de protecção.

cio electrónico gera efeitos proteccionistas numa óptica de comércio livre à escala global, como já observámos.<sup>66</sup>

Ora, a transposição da directiva deveria pressupor a compreensão dos termos em que o nível de protecção do consumidor é prosseguido pelo legislador comunitário, em articulação com o objectivo de assegurar, de igual modo, a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno.<sup>67</sup> O preâmbulo da directiva é bem elucidativo de como a política de protecção do consumidor informa o texto normativo<sup>68</sup>. O considerando 7 diz que é essencial que a directiva estabeleça um quadro geral claro, que abranja certos aspectos legais do comércio electrónico no mercado interno, “a fim de garantir a *segurança jurídica e a confiança do consumidor*”. Além disso, nos termos do considerando 10, *a directiva deve assegurar um alto nível de protecção dos objectivos de interesse geral, nomeadamente a defesa do consumidor*. Nesse sentido, o considerando 11 esclarece que a directiva não prejudica o nível de protecção, designadamente, da saúde pública e do consumidor, estabelecido por instrumentos comunitários. Neste contexto, especial destaque é dado, nomeadamente, à directiva sobre cláusulas abusivas<sup>69</sup>

---

Sobre a questão, no quadro da Lei do consumidor, Paulo Duarte, *O conceito jurídico de consumidor, segundo o Art. 2.º/1 da Lei de Defesa do Consumidor, BFD 75(1999)*, pp. 649-703.

<sup>66</sup> Cf. *A Globalização, a OMC e o comércio electrónico*, in *Temas de Integração*, n.º 14, Almedina, Coimbra, 2002, p. 147.

<sup>67</sup> Além disso, seria importante que a política legislativa levasse em conta a importância estratégica do direito do consumidor neste domínio. Vide o nosso *A liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno e a protecção do consumidor segundo a directiva sobre comércio electrónico: um contributo para a transposição do acto comunitário*, in *Manual de Integração Regional*, Daniel Amin Ferraz (coord.), Mandamentos Editora, Belo Horizonte, 2004, pp. 433 ss (texto de apoio à comunicação apresentada no *Colóquio Justiça e Defesa do Consumidor*, realizado no 21 de Junho de 2002, em Coimbra (FDUC), sob organização do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) em parceria com o Centro de Direito do Consumo (CDC) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, também disponível em [www.verbojuridico.net/doutrina](http://www.verbojuridico.net/doutrina)).

<sup>68</sup> Para mais desenvolvimentos, ver o nosso *A protecção do consumidor*, cit., pp. 43 ss.

<sup>69</sup> Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

e à directiva sobre contratos à distância<sup>70</sup>, considerando-se que estas directivas constituem um elemento essencial da protecção do consumidor em *matéria contratual* e que se aplicam igualmente na sua integralidade aos serviços da sociedade da informação; mais se acrescenta que a directiva sobre comércio electrónico é complementar dos *requisitos de informação* fixados nestas directivas, e em especial na Directiva 97/71/CE.<sup>71</sup>

<sup>70</sup> Directiva 97/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância. Os serviços financeiros, excluídos do âmbito de aplicação da directiva sobre contratos à distância, são objecto da Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores e que altera as Directivas 90/619/CEE do Conselho, 97/71/CE e 98/27/CE.

<sup>71</sup> Como outros instrumentos comunitários que fazem igualmente parte desse acervo são indicados a Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa, a Directiva 87/102/CEE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo, a Directiva 93/22/CEE do Conselho, de 10 de Maio de 1993, relativa aos serviços de investimento no domínio dos valores mobiliários, a Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, a Directiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores, a Directiva 92/59/CEE do Conselho, de 29 de Junho de 1992, relativa à segurança geral dos produtos, a Directiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 1994, relativa à protecção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis («*time-sharing*»), a Directiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 1998, relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores, a Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e garantias conexas, a Directiva 92/28/CEE do Conselho, de 31 de Março de 1992, relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano, e a Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores e que altera as Directivas 90/619/CEE do Conselho, 97/71/CE e 98/27/CE

Dentro das *regras complementares* previstas pela directiva sobre comércio electrónico em matéria de contratos celebrados por meios electrónicos interessa referir uma sobre *informações a prestar* e outra sobre a *ordem de encomenda*. Por um lado, o art. 10.º dispõe uma norma imperativa para os contratos electrónicos de consumo, nos termos da qual, para além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária e antes de ser dada a ordem de encomenda pelo destinatário do serviço, no mínimo, o prestador de serviços deverá prestar em termos exactos, compreensíveis e inequívocos, a seguinte informação: a) as diferentes etapas técnicas da celebração do contrato; b) se o contrato celebrado será ou não arquivado pelo prestador do serviço e se será acessível; c) os meios técnicos que permitem identificar e corrigir os erros de introdução anteriores à ordem de encomenda; d) as línguas em que o contrato pode ser celebrado; e) indicação dos eventuais códigos de conduta de que o prestador é subscritor e a forma de consultar electronicamente esses códigos; além disso, os termos contratuais e as condições gerais fornecidos ao destinatário têm de sê-lo numa forma que lhe permita armazená-los e reproduzi-los.

Quanto à *ordem de encomenda*, o art. 11.º prescreve uma norma imperativa para os contratos com consumidores, nos termos da qual sempre que o destinatário de um serviço efectue a sua encomenda exclusivamente por meios electrónicos, devem aplicar-se os seguintes princípios: 1.º o prestador de serviços tem de acusar a recepção da encomenda do destinatário do serviço, sem atraso injustificado e por meios electrónicos; 2.º a encomenda e o aviso de recepção consideram-se recebidos quando as partes a que são endereçados têm possibilidade de aceder a estes; além disso, o prestador de serviços deverá pôr à disposição do destinatário do serviço os meios técnicos adequados, eficazes e acessíveis, que lhe permitam identificar e corrigir erros de introdução antes de formular a ordem de encomenda.

Estas regras são complementares em relação ao acervo comunitário do direito contratual do consumo. De resto, a directiva afirma-se *complementar*<sup>72</sup> da legislação comunitária aplicável aos serviços da sociedade

---

<sup>72</sup> Um outro domínio em que se projecta a natureza complementar do regime instituído pela directiva é a *comunicação comercial*. A este propósito considera-se que

da informação, sem prejuízo do nível de protecção, designadamente da saúde pública e dos interesses dos consumidores, tal como consta dos actos comunitários e da legislação nacional de aplicação destes. Trata-se, porém, de uma *complementaridade relativa*, uma vez que tais actos são apenas ressalvados na medida em que não restrinjam a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação (art. 1.º, 3, *in fine*).

Esta ressalva dirige-se, principalmente, aos actos da legislação nacional de aplicação dos instrumentos comunitários que consagram medidas de protecção do consumidor mais exigentes do que a harmonização mínima dos instrumentos comunitários. Assim, por exemplo, a directiva sobre *contratos à distância* com consumidores prevê um prazo mínimo de “*rescisão*” do contrato (sem pagamento de indemnização e sem indicação de motivo) de 7 dias úteis (art. 6.º). Entre nós, o diploma de transposição desta directiva<sup>73</sup> alargou o prazo mínimo para 14 dias. Ora, poderá o diploma interno de transposição da directiva restringir a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação?<sup>74</sup>

---

a comunicação comercial é essencial para o financiamento dos serviços da sociedade da informação e para o desenvolvimento de uma grande variedade de novos serviços gratuitos, esclarecendo o considerando 29, todavia, que a comunicação comercial, incluindo descontos, ofertas e jogos promocionais, deve respeitar um certo número de obrigações relativas à transparência, no interesse dos consumidores e da lealdade das transacções, que acrescem aos já previstos em outras directivas, em especial a Directiva 97/7/CE e a Directiva 98/43/CE. As obrigações relativas à *transparência* estão previstas no art. 6.º relativo às informações a prestar. Ainda em matéria de comunicações comerciais, é incentivada a colocação de “filtros” anti-spam por parte das empresas e ressalva-se a necessidade de, em qualquer caso, as comunicações comerciais não solicitadas serem claramente *identificáveis* enquanto tais (ver art. 7.º), esclarecendo-se que, quando enviadas por correio electrónico, não devem implicar *custos adicionais* para o destinatário. Sobre o problema das comunicações comerciais na Internet, mais recentemente, vide T. Hoeren, *Werbung im WWW – aus der Sicht des neuen UWG*, MMR 10/2004, pp. 643 ss.

<sup>73</sup> Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril.

<sup>74</sup> No sentido de que “só a prática levará a concluir se o estabelecido para os contratos a distância é suficiente ou reclama adaptações no domínio do comércio electrónico”, Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 110.

Um outro exemplo encontra-se em matéria de *cláusulas abusivas*. A directiva sobre cláusulas abusivas em contratos celebrados entre profissionais e consumidores estabelece um critério geral de apreciação, nos termos do qual uma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual será considerada abusiva quando, a despeito da exigência da boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato (art. 3.º, 1). Trata-se, portanto, de uma *cláusula geral*, cuja concretização deverá ser realizada no caso concreto em função dos critérios definidos. Nesse sentido, o art. 3.º, 1, limita-se a remeter para uma *lista indicativa* e não exaustiva de cláusulas que podem ser consideradas abusivas. Isto significa que os exemplos de cláusulas previstas na lista contida no anexo têm um valor meramente ilustrativo e *não são de aplicação imediata*, uma vez que pressupõem a verificação no caso concreto dos critérios contidos na cláusula geral, em especial a contrariedade à boa-fé. Ora, a nossa lei das cláusulas contratuais gerais (e individuais) abusivas transpôs a directiva, mas conservou o sistema de cláusulas absolutamente proibidas, quer nas relações entre empresários e entidades equiparadas quer nas relações com consumidores (arts. 18.º, 20.º e 21.º). Isto significa que, enquanto na directiva a qualificação de uma cláusula como abusiva está sujeita a apreciação no caso concreto ainda que conste da lista indicativa, o mesmo não sucede na lei portuguesa no que toca às listas negras. Pelo que se coloca a questão de saber se a lei portuguesa poderá ter por efeito restringir a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação, a qual poderá prevalecer sobre o nível de protecção do consumidor adoptado pelo legislador nacional para além dos mínimos garantidos pelo acervo comunitário.

O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para as especiais medidas de protecção do consumidor estabelecidas pelo diploma de transposição em acréscimo às regras já previstas na directiva sobre comércio electrónico. Pense-se, nomeadamente, na proibição de cláusulas que imponham a celebração por via electrónica dos contratos com consumidores (art. 25, 4) e na regra segundo a qual a encomenda só se considera definitiva com a recepção por parte do fornecedor da confirmação da encomenda enviada pelo consumidor na sequência do aviso de recepção (art. 29.º,

5). Independentemente da qualificação rigorosa destas regras, poderá a sua conformidade com o direito comunitário ser garantida?<sup>75</sup>

## § 7. Limites comunitários à protecção interna do consumidor

Ora, a cláusula “mercado interno” prevista no art. 3.º prevê o *princípio do controlo do país de estabelecimento*, nos termos do qual compete a cada Estado-Membro assegurar que os serviços da sociedade da informação prestados por um prestador estabelecido no seu território<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> Poderá dizer-se, todavia, que o juízo de conformidade depende justamente dessa qualificação. Por exemplo, poderá sustentar-se que não existem problemas de conformidade se a exigência de confirmação for entendida uma mera “cautela técnica” sem relevo jurídico para a economia do contrato. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, se se entender que a proibição de cláusulas que imponham a celebração por via electrónica dos contratos com consumidores é uma cláusula apenas relativamente proibida. De resto, a propósito desta proibição, não resulta claramente da lei que ela vale apenas para as relações com consumidores. Nada obsta, com efeito, a que em acordos de distribuição o concedente imponha ao concessionário a celebração por via electrónica dos contratos com consumidores, até para dessa forma poder controlar melhor a sua facturação. Por outras palavras, não é claro que o art. 25.º, 4, se aplique apenas às relações com consumidores. Tendo em conta a formulação literal da norma, até se poderá dizer que a referida proibição não visa estas relações, mas apenas as relações entre profissionais. Pelo que, assim sendo, o problema da sua conformidade com o direito comunitário por excesso de protecção do consumidor nem sequer se colocaria. Mas não nos parece que tal proibição não se dirija também directamente às relações com consumidores.

<sup>76</sup> Nos termos do considerando 19, “a determinação do local de estabelecimento do prestador deve fazer-se de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual do conceito de estabelecimento é indissociável a prossecução efectiva de uma actividade económica, através de um estabelecimento fixo por um período indefinido. Este requisito encontra-se igualmente preenchido no caso de uma sociedade constituída por um período determinado. O local de estabelecimento, quando se trate de uma sociedade prestadora de serviços através de um sítio internet, não é o local onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que este é acessível, mas sim o local em que essa sociedade desenvolve a sua actividade económica. Quando um prestador está estabelecido em vários locais, é importante determinar de que local de estabelecimento é prestado o serviço em questão. Em caso de dificuldade especial para determinar a partir de qual dos vários locais de estabelecimento é prestado o



cumpram as disposições nacionais aplicáveis nesse Estado-Membro que se integrem no *domínio coordenado*<sup>77</sup>. Nesse sentido, os Estados-Membros não poderão, por razões que relevem do domínio coordenado, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro.

Esta solução é baseada no entendimento segundo o qual o controlo dos serviços da sociedade da informação deve ser exercido na fonte da actividade, a fim de garantir uma protecção eficaz dos interesses gerais,

---

serviço em questão, considera-se que esse local é aquele em que o prestador tem o centro das suas actividades relacionadas com esse serviço específico.” Assim, por ex., uma empresa não se considera localizada em Portugal por ter um nome de domínio .pt (cf. Oliveira Ascensão, in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 106). O critério comunitário de determinação do local de estabelecimento foi acolhido sob a forma de norma pelo diploma de transposição (art. 4.º, 2 e 3).

<sup>77</sup> O domínio coordenado é definido no art. 2.º-h) como as exigências fixadas na legislação dos Estados-Membros, aplicáveis aos prestadores de serviços da sociedade da informação e aos serviços da sociedade da informação, independentemente de serem de natureza geral ou especificamente concebidos para esses prestadores e serviços. Assim, pela positiva, o domínio coordenado diz respeito às exigências que o prestador de serviços tem de observar, no que se refere: ao exercício de actividades de um serviço da sociedade da informação, tal como os requisitos respeitantes às habilitações, autorizações e notificações (1), à prossecução de actividade de um serviço da sociedade da informação, tal como os requisitos respeitantes ao comportamento do prestador de serviços, à qualidade ou conteúdo do serviço, incluindo as aplicáveis à publicidade e aos contratos, ou as respeitantes à responsabilidade do prestador de serviços (2). Pela negativa, o domínio coordenado não abrange exigências tais como as aplicáveis: às mercadorias, enquanto tais (1), à entrega de mercadorias (2), e aos serviços não prestados por meios electrónicos (3). O considerando (21) esclarece ainda que “o âmbito do domínio coordenado é definido sem prejuízo de futura harmonização comunitária em matéria de sociedade da informação e de futura legislação adoptada a nível nacional conforme com o direito comunitário. O domínio coordenado abrange exclusivamente exigências respeitantes a actividades em linha, tais como a informação em linha, a publicidade em linha, as compras em linha e os contratos em linha, e não diz respeito aos requisitos legais exigidos pelos Estados-Membros em relação às mercadorias, tais como as normas de segurança, as obrigações de rotulagem ou a responsabilização pelos produtos, ou as exigências dos Estados-Membros respeitantes à entrega ou transporte de mercadorias, incluindo a distribuição de produtos medicinais. O domínio coordenado não abrange o exercício do direito de preempção por parte de entidades públicas relativamente a determinados bens, tais como obras de arte.”

sendo necessário, para isso, que a autoridade competente assegure essa protecção, não apenas aos cidadãos do seu país, mas também ao conjunto dos cidadãos da Comunidade; considera-se ainda que para melhorar a confiança mútua entre Estados-Membros, é indispensável precisar claramente essa responsabilidade do Estado-Membro em que os serviços têm origem (considerando 22).

Porém, a regra do controlo na origem dos serviços da sociedade da informação sofre diversas *derrogações*. Desde logo não se aplica aos domínios a que se refere o *anexo*, como sejam a liberdade de as partes escolherem a legislação aplicável ao seu contrato<sup>78</sup> e as obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores<sup>79</sup>. Além disso, entende-se ser legítimo que, em certas condições fixadas na

---

<sup>78</sup> O art. 1.º, 4, prevê que a directiva não estabelece normas adicionais de direito internacional privado, nem abrange a jurisdição dos tribunais, e o considerando 23 acrescenta que o disposto na legislação aplicável por força das normas de conflitos do direito internacional privado não restringe a liberdade de prestar serviços da sociedade da informação nos termos constantes da directiva. Todavia, no considerando 22, 4 período, lê-se que “a fim de garantir a eficácia da livre circulação de serviços e a segurança jurídica para os prestadores e os destinatários, esses serviços devem estar sujeitos, em princípio, à legislação do Estado-Membro em que o prestador se encontra estabelecido.” Porém, o princípio afirmado neste considerando parece ser contrário ao princípio que vigora em matéria de protecção dos consumidores, em que a determinação do tribunal competente e da lei aplicável parecem nortear-se pelo critério da residência do consumidor (sobre as questões do tribunal competente (e da lei aplicável) nos contratos celebrados com consumidores pela Internet *vide*, para além das referências acima indicadas, o nosso *Os pactos atributivos de jurisdição*, cit., pp. 281 ss). Além disso, ainda em matéria de *lei aplicável*, a consideração (55) de que a directiva não afecta a legislação aplicável às *obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores* significa que a directiva não poderá ter como resultado privar o consumidor da protecção que lhe é concedida pelas disposições compulsivas relativas às obrigações contratuais, constantes da legislação do Estado-Membro em que este tem a sua residência habitual. A este respeito, o considerando 56 esclarece que as obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores abrangem as informações sobre os elementos essenciais do contrato, incluindo os direitos do consumidor, que têm uma influência determinante na decisão de contratar.

<sup>79</sup> No sentido de que esta exclusão não estabelece nenhuma clareza jurídica efectiva, M. Lehmann, *Electronic Commerce and Consumer Protection in Europe*, Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, 2000, 17/1, p. 114.

directiva, os Estados-Membros (de recepção) possam adoptar medidas destinadas a restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação. Com efeito, admite-se que os Estados-Membros exerçam um *controlo adicional*, tomando medidas derogatórias do princípio da liberdade de prestação de serviços em relação a determinado serviço da sociedade da informação, caso sejam preenchidas as seguintes condições, a saber:

- 1) as medidas devem ser *necessárias*, nomeadamente por razões de *defesa dos consumidores*, incluindo os investidores<sup>80</sup> (a), devem tomadas relativamente a um determinado serviço da sociedade da informação que lese tais objectivos (b1), ou que comporte um risco sério e grave de prejudicar esses objectivos (b2) e devem ser *proporcionais* a esses objectivos (c).
- 2) a adopção destas medidas restritivas fica sujeita, excepto em casos de urgência, a um *procedimento especial de cooperação e notificação* entre os Estados-Membros. Com efeito, previamente à tomada das medidas em questão, e sem prejuízo de diligências judiciais, incluindo a instrução e os actos praticados no âmbito de uma investigação criminal, o Estado-Membro deve ter solicitado ao Estado-Membro de origem do serviço que tome medidas, sem que este último as tenha tomado ou se estas se tiverem revelado inadequadas (a) e ter notificado à Comissão e ao Estado-Membro de origem a sua intenção de tomar tais medidas (b). Em *caso de urgência*, é previsto um procedimento nos termos do qual os Estados-Membros podem não cumprir o referido procedimento de notificação, devendo todavia notificar as medidas no mais curto prazo à Comissão e ao Estado-Membro de origem, indicando as razões pelas quais consideram que existe uma situação de urgência.

---

<sup>80</sup> Neste sentido, em matéria de *serviços financeiros*, o considerando 27 esclarece que a faculdade conferida pela directiva aos Estados-Membros de, em certas circunstâncias, restringirem a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação, por forma a proteger os consumidores, abrange igualmente medidas no domínio dos serviços financeiros, em especial medidas destinadas a proteger os investidores.

Em qualquer caso e sem prejuízo da faculdade de o Estado-Membro prosseguir a aplicação das medidas em questão, essas medidas ficam sujeitas a um *procedimento de vigilância* ou controlo por parte da Comissão, a quem compete analisar, com a maior celeridade, a compatibilidade das medidas notificadas com o direito comunitário. Se a Comissão concluir que a medida é incompatível com o direito comunitário, então deverá solicitar ao Estado-Membro em causa que se abstenha de tomar quaisquer outras medidas previstas, ou ponha termo, com urgência, às medidas já tomadas.<sup>81</sup>

Em nossa opinião, este juízo de conformidade de tais medidas com o direito comunitário não se destina a verificar a observância do direito comunitário derivado em matéria de direito dos consumidores, mas antes a sua conformidade com os critérios de adopção de medidas restritivas à liberdade de prestação de serviços no mercado interno.<sup>82</sup>

## § 8. Princípios do direito comunitário primário do consumidor

De todo o modo, note-se que a produção do direito comunitário é operada num sistema de poderes atribuídos. Com efeito, segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça das Comunidades

---

<sup>81</sup> Este procedimento de controlo vale também para as medidas restritivas das liberdades do mercado interno adoptadas a nível nacional por razões de protecção de saúde pública. Pense-se, por ex., na proibição de venda de medicamentos pela Internet. Segundo a jurisprudência comunitária (TJCE, caso C-322/01, de 11 de Dezembro de 2003, *DocMorris, Deutscher Apothekerverband eV*), apesar de não ser posta em causa a proibição de medicamentos fora das farmácias, a lei interna deverá ser interpretada no sentido de que a proibição de venda de medicamentos pela Internet será restrita aos medicamentos que carecem de receita médica. Sobre o tema, vide os nossos *Farmácia electrónica: sobre a comercialização de medicamentos na Internet*, e *Saúde pública e liberdade económica: aspectos jurídicos da regulação do mercado dos cosméticos, produtos homeopáticos e dispositivos médicos*, ambos in *Lex Medicinæ* (Revista Portuguesa de Direito da Saúde), 2004, respectivamente n.º 1, pp. 33 ss, e n.º 2, pp. 47-8, nota 24.

<sup>82</sup> Para desenvolvimentos sobre este problema ver os nossos *Comércio electrónico*, cit., pp. 69 ss, e *A protecção jurídica do consumidor*, cit., pp. 82 ss.

Europeias, a “Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional em favor da qual os Estados limitaram os seus poderes soberanos, ainda que em áreas limitadas”<sup>83</sup>. Na sua relação com as ordens jurídicas internas dos Estados-membros, o Tribunal firmou os *princípios da supremacia do direito comunitário face ao direito nacional e da sua precedência em face dos tribunais nacionais*<sup>84</sup>. Sendo que na implementação da legislação comunitária estarão os Estados-membros vinculados por um “princípio da lealdade à Comunidade”<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> Caso 26/62, 5.2.1963 (*van Gend en Loos v. Nederlandse*), ECR 1963, p. 8; v. ainda, por ex., caso 143/83, 30.1.1985 (*Commission v. Denmark*), ECR 1985, p. 427.

<sup>84</sup> Caso 6/64, 15.7.1964 (*Costa v. Enel*), ECR 1964; caso 14/48, 13.2.1969 (*Wilhelm v. Bundeskartellamt*), ECR 1969, p. 1; caso 106/77, 9.3.1978 (*Simmenthal*), ECR 1978, p. 629; caso C-213/89, 19.6.1990 (*Factortame*), Rec. 1990, p. 2434. A reacção dos Estados-membros a esta jurisprudência comunitária permitiu afirmar o princípio da “supremacia absoluta sobre o direito nacional” (T.C. Hartely, *The Foundations of European Community Law*, Oxford: Clarendon, 1988, p. 219), traduzindo-se na precedência da aplicação das normas comunitárias sobre as normas nacionais conflituantes. Mas isto não deve entender-se como prevalência sobre a Constituição: “Como quer que seja concebida a prevalência do ‘direito supranacional’ sobre o direito ordinário interno, é seguro, porém, que aquele não pode prevalecer sobre a Constituição, antes tem de ceder perante ela [...], qualquer que seja a natureza ou a origem da norma” (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 90). Isto significará, a nosso ver, considerando o valor constitucional do direito dos consumidores em Portugal (v. arts. 52.º, 60.º, 81.º e 99.º CRP), que as exigências do mercado interno não poderão sobrepor-se ao núcleo de tutela constitucional dos direitos dos consumidores, nomeadamente a autodeterminação económica do consumidor (vide J. Drexler, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998). Todavia, note-se que, não obstante os direitos dos consumidores integrem os chamados *direitos fundamentais de quarta geração* (Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 93), e de se inserirem “num processo de constitucionalização do direito privado”, apenas “têm uma força jurídica relativa” (J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, BFD LXXVIII, 2002, p. 62, tb. *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, cit., pp. 139 ss).

<sup>85</sup> P. J. Kapteyn/P. Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, Deventer: Kluwer, 1989, p. 86. Ver, por ex., caso 199/82, 9.11.1983 (*San Giorgio*), ECR 1983, p. 3595; caso C-217/88, 10.7.1990 (*Commission v. Germany*), Rec. 1990, p. 2879.

No quadro dos instrumentos de legislação comunitária, as directivas, ao contrário dos regulamentos, não gozam de aplicabilidade directa, no sentido de que requerem uma “forma especial de recepção” posterior da parte dos Estados-membros, que se traduz na sua transposição para as respectivas ordens jurídicas internas.<sup>86</sup> Além disso, as directivas vinculam quanto ao resultado a ser alcançado, isto é, impõem aos Estados-membros uma *obrigação de resultado*.<sup>87</sup> Mas, não é absoluta a liberdade de meios dos Estados-membros na transposição das directivas para as respectivas ordens jurídicas internas, antes sendo vinculada ao resultado visado pela directiva, pois que segundo a jurisprudência do TJCE, “a escolha deixada aos Estados-membros relativamente à forma das medidas e dos métodos utilizados na sua adopção pelas autoridades nacionais depende do resultado que o Conselho ou a Comissão visam alcançar”<sup>88</sup>.

Um outro princípio jurisprudencial a ter em conta nesta matéria é a possibilidade de as directivas terem *efeito directo* (vertical) após o decurso do período de transposição, não podendo a autoridade pública

---

<sup>86</sup> Esta orientação é afirmada pelos constitucionalistas, sustentando-se que “só existe direito que se imponha directamente aos cidadãos dos Estados-membros, se estes se obrigaram a isso, ao constituírem ou aderirem à organização, ou seja, *desde que e até ao ponto em que o tratado constitutivo* da organização [internacional] preveja tal poder normativo. Assim por exemplo, no caso da CEE, só terão cobertura constitucional (além do próprio Tratado de Roma e dos tratados que o alteraram, claro está) os *regulamentos* comunitários, previstos no art. 189.º do Tratado, mas já não, em princípio, as *directivas*, igualmente previstas nesse lugar.” (Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição Anotada*, cit., p. 89).

<sup>87</sup> Em comparação, quanto às recomendações, segundo a interpretação jurisprudencial firmada a nível comunitário, “os tribunais nacionais são obrigados a tomar em consideração as recomendações em ordem a decidir controvérsias que lhes tenham sido submetidas, particularmente quando clarificam a interpretação das medidas nacionais adoptadas com vista a implementar essas recomendações ou quando se destinam a complementar disposições comunitárias vinculantes” [caso C-322/88, 13.12.1989 (*Grimaldi*), Rec. 1989, p. 4421].

<sup>88</sup> Caso 38/77, 23.11.1977 (*Enka*), Rec. 1977, p. 2212. Considerando que o prazo de transposição é uma obrigação de resultado, v. Caso 102/79, 6.5.1980 (*Commission v. Belgium*), Rec. 1980, p. 1483.

nacional prevalecer-se da sua não transposição.<sup>89</sup> A isto acresce o princípio da responsabilidade do Estado-membro por danos causados a indivíduos pela não transposição ou deficiente transposição das directivas.<sup>90</sup> De extrema importância quanto ao valor jurídico das directivas é, ainda, o *princípio da interpretação da lei nacional segundo a letra e o espírito da directiva*. Ainda nas palavras do Tribunal de Justiça, “na aplicação da lei nacional [...] os tribunais nacionais devem interpretar as suas leis nacionais à luz da letra e do fim da directiva em ordem a alcançar o resultado referido no número 3 do artigo 189. [...] Compete ao tribunal nacional interpretar e aplicar a legislação adoptada na transposição da directiva em conformidade com os requisitos do direito comunitário, na medida em que o possa fazer segundo a lei nacional”<sup>91</sup>. Posteriormente o critério foi reafirmado em termos de a interpretação da lei nacional segundo a directiva dever ser feita em conformidade com resultado visado por aquela.<sup>92</sup>

Além disso, interessa saber em que termos tem a Comunidade competência para adoptar instrumentos de harmonização destinados à defesa do consumidor. Segundo o Tratado (de Roma) que Institui a Comunidade Europeia, na versão actualizada pelo Tratado de Amesterdão, a Comunidade tem competência para cuidar da protecção dos consumidores (vide arts. 3.<sup>o</sup><sup>93</sup>, 95.<sup>o</sup><sup>94</sup> e, em especial, o *artigo 153*.<sup>95</sup> que

---

<sup>89</sup> Ver caso 148/78, 5.4.1979 (*Tullio Ratti*), ECR 1979, p. 1629; caso 152/84, 26.2.1986 (*Marshall*), ECR 1986, p. 723; Caso 22/84, 15.5.1986 (*Johnson*), ECR 1986, p. 1651; caso C-188/89, 12.7.1990 (*Foster*), Rec. 1990, p. 3344. Os requisitos do efeito directo das normas comunitárias (clareza, precisão e preceptividade, suficiência e completude, incondicionalidade, e aptidão para a criação de direitos subjectivos para os particulares) têm sido interpretados, no que respeita ao seu alcance, como gerando apenas efeito directo vertical, isto é, os particulares apenas poderão invocar num tribunal nacional os seus direitos conferidos pela norma comunitária com efeito directo contra qualquer autoridade pública.

<sup>90</sup> Caso C-6,9/90 (*Francovich*), CMLR 1992, p. 557.

<sup>91</sup> Caso 14/83, 10.4.1984 (*Sabine*), ECR 1984, p. 1909.

<sup>92</sup> Caso C-106/89, 13.11.1990 (*Marleasing*), Rec. 1990, I, p. 4157.

<sup>93</sup> Artigo 3.<sup>o</sup> – 1. Para alcançar os fins enunciados no artigo 2.<sup>o</sup> (fins da comunidade: em especial mercado único e união económica e monetária), a acção da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado: t) Uma contribuição para o reforço da defesa dos consumidores.

compõe o Título XIV (ex-Título XI) relativo expressamente à defesa dos consumidores). Segundo a interpretação que fazemos do direito comunitário primário do consumidor, podemos enunciar cinco princípios cardinais:

- 1.º – o princípio da competência comunitária para adoptar medidas directamente destinadas à defesa dos consumidores;
- 2.º – o princípio do dever de considerar as questões de defesa dos consumidores no que respeita a outras matérias não directamente levadas a cabo para o efeito;
- 3.º – o princípio da prossecução de um elevado nível de defesa dos consumidores em matéria de harmonização dos padrões normativos;
- 4.º – o princípio da harmonização mínima ou da não harmonização completa, uma vez que os Estados-Membros podem adoptar medidas de protecção mais estritas;

---

<sup>94</sup> *Artigo 95.º (ex-artigo 100.º-A) (...) 3.* A Comissão, nas suas propostas previstas no n.º 1 em matéria de saúde, de segurança, de protecção do ambiente e de defesa dos consumidores, basear-se-á num nível de protecção elevado, tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos. No âmbito das respectivas competências, o Parlamento Europeu e o Conselho procurarão igualmente alcançar esse objectivo.

<sup>95</sup> *Artigo 153.º (ex-artigo 129.º-A) – 1.* A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a Comunidade contribuirá para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses. 2. As exigências em matéria de defesa dos consumidores serão tomadas em conta na definição e execução das demais políticas e acções da Comunidade. 3. A Comunidade contribuirá para a realização dos objectivos a que se refere o n.º 1 através de: a) Medidas adoptadas em aplicação do artigo 95.º no âmbito da realização do mercado interno; b) Medidas de apoio, complemento e acompanhamento da política seguida pelos Estados-Membros. 4. O Conselho, deliberando nos termos do artigo 251.º e após consulta ao Comité Económico e Social, adoptará as medidas previstas na alínea b) do n.º 3. 5. As medidas adoptadas nos termos do n.º 4 não obstam a que os Estados-Membros mantenham ou introduzam medidas de protecção mais estritas. Essas medidas devem ser compatíveis com o presente Tratado e serão notificadas à Comissão.



5.º – o princípio de que as medidas nacionais de protecção do consumidor devem estar de acordo com o direito comunitário primário, no sentido de não serem desnecessárias, inadequadas e desproporcionais em relação ao fim de protecção do consumidor, constituindo assim uma restrição injustificada às liberdades do mercado único (*rule of reason*).<sup>96</sup>

### § 9. Controlo das restrições à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno

Em vista disto, parece-nos que se deve reconhecer a existência de uma *margem de aplicação* do referido procedimento de controlo apertado aos actos da legislação nacional de aplicação dos instrumentos comunitários que consagrem medidas de protecção do consumidor mais exigentes do que a harmonização mínima de tais instrumentos. Com efeito, o art. 1.º, 3, da directiva estabelece a *complementaridade* das regras que prescreve relativamente ao direito comunitário do consumidor e aos actos de legislação nacional de aplicação desse direito, ressalvando todavia que não poderão ter por efeito *restringir a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação*.

Articulando esta ressalva com o *procedimento de controlo apertado* da conformidade das medidas restritivas com o direito comunitário, poderá a Comissão considerar que um acto de legislação nacional que consagre uma medida de protecção do consumidor mais elevada do que o mínimo previsto no instrumento comunitário que transpõe se mostre contrário ao direito comunitário, ao restringir injustificadamente a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação. Vale

---

<sup>96</sup> Na síntese do Tribunal de Justiça (acórdão de 30 de Novembro de 1995, Gebhard, proc.º C-55/94, Col. p. I-4165, cit. in *O comércio electrónico em Portugal*, cit., p. 137), “as medidas nacionais susceptíveis de afectar ou de tornar menos atraente o exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado devem preencher quatro condições: aplicarem-se de modo não discriminatório, justificarem-se por razões imperativas de interesse geral, serem adequadas para garantir a realização do objectivo que prosseguem e não ultrapassarem o que é necessário para atingir esse objectivo.”

isto por dizer que a *especial natureza* dos serviços da sociedade da informação poderá justificar que os actos de legislação nacional que consagrem medidas de protecção do consumidor mais elevadas do que os mínimos garantidos pelos instrumentos de harmonização comunitária possam ser considerados contrários ao direito comunitário. Pense-se, no quadro da legislação portuguesa, nos exemplos acima referidos (prazo do direito de livre resolução do consumidor nos contratos à distância, proibição de cláusulas que imponham ao consumidor o recurso à contratação electrónica, exigência de confirmação da encomenda como condição da sua definitividade).

Poderá a Comissão considerar que a aplicação destas normas aos serviços da sociedade da informação se traduz numa restrição injustificada da livre prestação deste tipo de serviços no mercado interno, apesar de serem adoptadas em actos de legislação nacional que transpõem instrumentos comunitários de harmonização mínima?

Em abstracto, inclinamo-nos para a resposta afirmativa, na medida em que tais actos integram o domínio coordenado da directiva sobre comércio electrónico. Pense-se, nomeadamente, no entrave que representa a proibição de cláusulas que imponham ao consumidor o recurso à contratação electrónica nas situações de comércio electrónico directo; de igual modo, também nos parece problemática a exigência de confirmação da encomenda como condição da sua definitividade.

Com efeito, não estamos seguros de que a protecção do consumidor seja razão justificativa suficiente dos efeitos restritivos à liberdade de prestação de serviços potencialmente produzidos por tais regras. Em todo o caso, da decisão da Comissão caberá recurso para as instâncias judiciais comunitárias. Isto não significa que à Comissão seja atribuída apenas uma *função adaptadora e correctiva* das legislações nacionais do direito do consumidor às *exigências próprias* dos serviços da sociedade da informação. Com efeito, o art. 21.º incumbe a Comissão de elaborar um *relatório* sobre eventuais lacunas de legislação neste domínio. De resto, logo no considerando 65 se diz que a Comissão irá analisar em que medida as regras de defesa do consumidor existentes facultam uma protecção adequada no contexto da sociedade da informação, identificando, quando necessário, as possíveis *lacunas* dessa legislação e os aspectos em relação aos quais poderão vir a ser

necessárias medidas adicionais; se necessário, a Comissão deverá apresentar propostas específicas adicionais destinadas a preencher as lacunas assim identificadas.<sup>97</sup>

Além disso, o próprio *acervo comunitário* do direito do consumidor parece estar sujeito ao procedimento de controlo apertado da Comissão<sup>98</sup>. A este respeito é de destacar a referência do considerando 53 ao mecanismo para as *acções inibitórias* em matéria de protecção dos interesses colectivos dos consumidores previsto na Directiva 98/27/CE (considerada aplicável aos serviços da sociedade da informação). Considera-se que esse mecanismo assegurará um elevado nível de protecção dos consumidores ao contribuir para a livre circulação dos serviços da sociedade da informação. Parece assim que a aplicabilidade deste mecanismo estará sujeita à ressalva de não restringir injustificadamente a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação, como refere o art. 1.º, 3. Também aqui a Comissão terá um papel relevante na procura de um *equilíbrio* entre a garantia de um “elevado nível de protecção dos consumidores” e a liberdade de circulação dos serviços da sociedade

---

<sup>97</sup> Esta incumbência de a Comissão analisar as lacunas de legislação em matéria de protecção do consumidor no comércio electrónico é adoptada tendo em conta a Resolução do Conselho de Ministros, de 19 de Janeiro de 1999, sobre os *aspectos relativos ao consumidor na sociedade da informação*, a qual salientou que a defesa dos consumidores merecia uma atenção especial neste domínio. Em conformidade, o art. 21.º, 1, dispõe que antes de 17 de Julho de 2003 e, seguidamente, de dois em dois anos, a Comissão apresentará ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social um relatório sobre a aplicação da presente directiva, acompanhado, se for caso disso, de propostas de adaptação à evolução legislativa, técnica e económica dos serviços da sociedade da informação, em especial em matéria de prevenção do crime, de protecção de menores e dos consumidores e ao adequado funcionamento do mercado interno. Dando cumprimento a esta medida, a Comissão produziu o *Primeiro relatório sobre a aplicação da Directiva 2000/31/CE COM (2003) 702 final*, de 21.11.2003.

<sup>98</sup> Cfr. o nosso *A protecção jurídica*, cit., p. 107. Para uma análise do acervo comunitário no domínio da defesa do consumidor, vide o Livro Verde sobre a *defesa do consumidor na União Europeia*, Comissão das Comunidades Europeias, Bruxelas, 2.10.2001, COM(2001) 531 final. Veja-se ainda sobre os instrumentos comunitários no domínio do direito privado a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o *Direito Europeu dos Contratos*, Bruxelas, 11.07.2001, COM(2001) 398 final.

da informação, tendo em conta a *especial natureza* destes serviços e o *relevo económico e mercantil* do direito do consumidor.<sup>99</sup>

Em suma, a directiva sobre comércio electrónico parece assentar no entendimento segundo o qual, embora a protecção dos consumidores seja matéria integrante do interesse geral de cada Estado-Membro, as leis nacionais de defesa dos consumidores, na medida em que façam parte do domínio coordenado, estarão sujeitas ao escrutínio da sua conformidade com o direito comunitário, atenta a especial natureza dos serviços da sociedade da informação e em ordem a assegurar a liberdade de prestação destes serviços no mercado interno, ainda que tais actos de legislação nacional tenham sido adoptados em conformidade com instrumentos comunitários de harmonização mínima. De resto, parece que os próprios actos comunitários de harmonização do direito do consumo estarão sujeitos a esse escrutínio, como sucede relativamente a eventuais abusos das acções inibitórias.

## § 10. Balanço

A abordagem algo «maximalista» adoptada pelo diploma de transposição poderá comprometer algumas das suas medidas complementares de protecção do consumidor no que respeita à sua conformidade com o direito comunitário. Além disso, em termos de *política legislativa*, a transposição da directiva não terá sido especialmente sensível ao efeito económico do princípio do controlo no país de origem, que se traduz em os prestadores de serviços da sociedade da informação se estabelecerem tendencialmente nas ordens jurídicas internas que lhes ofereçam um *ambiente jurídico* mais favorável. Neste cenário de possível concorrência entre os Estados-Membros ao nível da adequação dos seus padrões normativos do consumo às exigências próprias dos serviços da sociedade da informação, não é certo que o diploma de transposição tenha tido especialmente em conta o relevante papel que o direito do consumidor assume, enquanto factor estratégico, na regulação do comércio electrónico, considerando a sua natureza marcadamente eco-

<sup>99</sup> Cfr. o nosso *Comércio electrónico*, cit., pp. 77-8.

nómica e mercantil, no sentido do desenvolvimento da economia digital e da promoção do estabelecimento de empresas prestadoras de serviços da sociedade da informação na ordem jurídica interna.

Prudência legislativa, certamente. Contudo, rezeamos que não tenha sido aproveitada a obrigação de transpor a directiva para proceder a uma adequação do nosso corpo legislativo às exigências próprias e específicas do comércio electrónico e da sociedade da informação, em especial no domínio do direito do consumidor, tendo em conta a sua importância estratégica. Com efeito, o complemento de protecção que é concedido aos consumidores na ordem jurídica portuguesa, por referência aos padrões comunitários, poderá não favorecer o desenvolvimento do comércio electrónico e da chamada economia digital, tanto mais quanto se considerar o grau de incerteza quanto à sua conformidade com o direito comunitário e o facto de dificilmente integrarem o núcleo de tutela constitucional do consumidor. Ora, não havendo comércio electrónico, de que serve aí a protecção do consumidor? É caso para perguntar: protecção ou protecção? Com efeito, parece ser válida também aqui a expressão de W. Pool: “In this field, more than most, one man’s consumer protection is another man’s protectionism.”<sup>100</sup>

**Abstract:** This paper addresses several legal issues of electronic contracts in the context of internet business environment. In special, it focuses on the freedom of contract in the context of electronic commerce, according to the regulatory framework provided by the European directive on electronic commerce and the implementing Portuguese legislation. Special concerns refer to the conclusion of electronic contract by electronic means, electronic signatures and certification, and consumer protection in e-contracts. It is argued whether Portuguese legislation complies with Community law on the freedom to provide information society services in the internal market by providing additional measures of consumer protection. Moreover, it is also argued whether Portuguese legislation has successfully established a legal framework that improves e-commerce.

---

<sup>100</sup> Cfr. o nosso *A construção jurídica do mercado único dos seguros*, in Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2002, p. 89, em nota.

# ACERCA DO ÂMBITO DA LEI DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS: TAXATIVIDADE OU CARÁCTER EXEMPLIFICATIVO DO ARTIGO 1.º, N.º 2 DA LEI N.º 23/96, DE 26 DE JULHO?

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

Assistente da Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra

## I – Introdução

O sistema jurídico caracteriza-se, entre outras, pela nota da historicidade. Na verdade, o sistema que existia ontem não se confunde com o sistema de hoje, que não se confundirá com o sistema jurídico dos dias de amanhã.

Em parte, o fenómeno deve-se ao facto de os critérios do sistema – sejam eles legais, sejam eles jurisprudenciais, sejam eles doutrinários – serem mobilizados e interpretados à luz das especificidades de um caso concreto, sendo, portanto, no final do processo de realização do direito, já outros, redensificados e enriquecidos. Por outro lado, dever-se-á à contingência de abertura desse mesmo sistema, operada pela realidade, com os seus casos, muitas vezes inteiramente novos, a impor novos desafios aos juízes, à doutrina ou mesmo ao legislador<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre o carácter aberto do sistema jurídico, cf. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, Coimbra, 1993, p. 206 e ss. e PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 15.ª lição, p. 553 e ss.

O problema que ousamos chamar à colação, como mote da exposição subsequente, pode reconduzir-se a cada uma destas hipóteses explicativas da mutabilidade do sistema. Efectivamente, como veremos em breve, não se trata de uma nova parcela da realidade que, surgindo *ex novo*, faz apelo ao direito como critério de solução dos problemas. A questão juridicamente relevante que se coloca não é nova. Mas a evolução técnica e sociológica do mundo concreto pode ou não determinar que um novo olhar se direcione sobre essa problemática, interpretando-se as normas legais em consonância com as hodiernas exigências<sup>2</sup>.

Explicitemos o que tem ficado implícito.

Quando, em 1996, o legislador entendeu que deveria regular os serviços públicos essenciais, numa óptica de protecção do utente, defendeu-se que o diploma não abrangeria, no seu âmbito objectivo, o serviço de telefones móveis.

Actualmente, porém, a jurisprudência tem-se mostrado contraditória quando a questão concretamente se coloca.

O Tribunal da Relação do Porto teve oportunidade de se pronunciar sobre ela e as conclusões extraídas dos arestos deste Tribunal não são coincidentes. Assim, com uma diferença temporal de dois dias, os juízes daquela Relação vêm afirmar que “o artigo 10 n.º 1 da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, não é aplicável ao serviço telefónico móvel terrestre, não sendo assim a prescrição dos créditos pelos serviços prestados de seis meses, na exacta medida em que este não é considerado um serviço público essencial”<sup>3</sup>, para depois contrariarem essa posição, considerando que o “regime previsto no artigo 10.º n.º 1 da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho (Lei de Protecção dos Utentes dos Serviços Públicos Essenciais), aplica-se ao SMT – vulgo telemóveis”<sup>4, 5</sup>.

---

<sup>2</sup> Veremos, adiante, que o legislador alterou substancialmente a regulamentação e o enquadramento dos problemas suscitados no âmbito da prestação de serviços telefónicos, sejam eles móveis, sejam eles fixos.

<sup>3</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26-6-2004, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>4</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28-6-2004, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>5</sup> Cf., ainda, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18-5-2004, onde se afirma que na lei n.º 23/96 cabe todo o serviço telefónico, quer seja fixo, quer seja móvel ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

A questão que resta é, então, a de saber qual destes acórdãos apreende correctamente a intencionalidade do diploma legal.

Mas o problema pode ser mais amplo do que este preteritamente anunciado. De facto, ecoam vozes no sentido de questionar se fará ou não sentido alargar o âmbito objectivo de protecção dispensado pela lei em análise a outros serviços ditos essenciais<sup>6</sup>.

A questão prende-se exactamente com o conceito de essencialidade que aqui é chamado a operar. Mas sob pena de nos vermos enredados no mais puro conceptualismo, há muito ultrapassado, torna-se imperioso que, mais uma vez, a análise – que pretendemos que seja conclusiva – se centre na realidade, para só depois a confrontarmos com a intencionalidade própria do diploma legal, projectada num recorte normativo específico.

Note-se que o que fica assim, sumariamente afluído, comporta uma dupla vertente. Não só em termos práticos se afigura pertinente a questão, como teoreticamente ela não é irrelevante. Se não vejamos. A concreta resposta a obter no final do nosso percurso dialógico permitir-nos-á tecer algumas considerações a propósito da complexa questão da autonomia dogmática do direito do consumo.

Podemos, assim, encarar o presente trabalho – na sua pequena dimensão – como uma reflexão comprometida com uma das mais

---

Relevante parece ser, igualmente, a decisão do Supremo Tribunal de Justiça de 13-5-2004 ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), onde se pode ler que a prescrição da obrigação de pagamento do preço da prestação de serviço telefónico é uma prescrição de curto prazo, destinada essencialmente a evitar que o credor retarde demasiado a exigência do seu crédito, tornando excessivamente pesada a prestação a cargo do devedor, e não uma prescrição presuntiva, sujeita ao regime especial dos artigo 312.º ss. CC.

<sup>6</sup> PINTO MONTEIRO, “A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, p. 339, referindo-se ao âmbito de protecção da lei n.º 23/96, de 26 de Julho, avança a possibilidade de muitos poderem objectar relativamente ao modelo predisposto pelo legislador, “perguntando por que razão foram aqueles e não outros – ou apenas aqueles – os serviços públicos abrangidos. Acrescentar-se-á, porventura, que também os transportes e os serviços de saúde, por exemplo, se revestem dessa característica de essencialidade. Poder-se-ia, por isso, ter abrangido, além daqueles, outros serviços públicos essenciais, ou, em alternativa, não se ter especificado quaisquer serviços, limitando-se a lei a estabelecer regras aplicáveis aos serviços públicos essenciais *tout court*.”



instantes questões que são colocadas hodiernamente aos cultores do direito do consumo: terá este nicho problemático verdadeira autonomia dogmática por referência aos tradicionais ramos do direito?

Se ninguém duvida que subjacente ao direito do consumo está uma intencionalidade própria que o afasta das soluções tradicionalmente propugnadas para orientar o decidente na resolução dos problemas que surgem, amiúde, na contratação entre privados, a verdade é que a transversalidade que o caracteriza leva muitas vezes a ecoarem no sentido de duvidar da bondade de tal autonomia, dividindo-se os autores entre aqueles que afirmam inequivocamente a existência de um novo ramo do direito e aqueles que se mostram cépticos na sua aceitação, preferindo olhar para as soluções actualmente em vigor como alterações no modo de ser dos antigos quadros normativos, que, em vez de constituírem um todo unitário, se refractem por diversas áreas.

A questão é complexa e dificilmente lograremos obter uma resposta inequívoca para ela. Até porque estamos em crer que a sua cabal resolução implicará um olhar atento de todos para o fenómeno que perpassa o direito do consumo. Ademais, cada resposta possível bebe a mundividência pessoal daquele que sobre ela se debruça. Exactamente por isso, não é nosso propósito ser concludentes, sequer exaustivos, neste debate. Procuraremos, pelo contrário, olhar para um quadro normativo específico e, a partir da análise do seu âmbito de aplicação, tirar alguma ou algumas conclusões a este ensejo.

## **II – A lei n.º 23/96, de 26 de Julho, e o quadro normativo por ela instituído**

O legislador português, ciente de que a defesa dos interesses e dos direitos dos consumidores constitui uma das suas incumbências prioritárias, ao nível económico e social<sup>7</sup>, resolveu, em 1996, disciplinar os contratos que envolvessem a prestação de serviços públicos essenciais<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Cf. Artigo 81.º, h) CRP.

<sup>8</sup> Cf., para maiores desenvolvimentos sobre a lei que entre nós regula a prestação de serviços públicos essenciais, PINTO MONTEIRO, “A protecção do consumidor...”, cit., p. 333 a 350.

Para tanto criou um quadro legal onde se combinam soluções já dispensadas pelo nosso ordenamento jurídico, se fizéssemos apelo directo aos princípios estruturantes do mesmo, com outras, tidas como novas ou encaradas como concretizações específicas de regras gerais, dotadas de potencialidades jurisdiccionais ímpares<sup>9</sup>.

São várias as soluções dispensadas pelo diploma. Não pretendemos aqui, porque fora do nosso âmbito de análise, discorrer detidamente sobre cada uma delas. Apenas as elencaremos, numa perspectiva instrumental, que servirá de apoio à reflexão posterior.

Assim, e acompanhando o recorte traçado pelo legislador, há que referir o direito de participação das associações representativas dos utentes. Nesse sentido, dispõe o artigo 2.º do citado diploma que “as associações representativas dos utentes têm o direito de ser consultadas quanto aos actos de definição do enquadramento dos serviços públicos e demais actos de natureza genérica que venham a ser celebrados entre o Estado, as Regiões Autónomas ou as autarquias e as entidades concessionárias”. Trata-se, e dando a palavra a PINTO MONTEIRO, de um direito que “extravasa do quadro da relação de prestação de serviços, que surge a montante desta e entre sujeitos que não são rigorosamente os mesmos que titulam essa relação”<sup>10, 11</sup>.

Centrando-se posteriormente na relação que une o utente ao prestador do serviço, o nosso legislador positiva um princípio supra-positivo, que deve ordenar qualquer relação negocial<sup>12</sup>. Falamos do princípio da

---

<sup>9</sup> PINTO MONTEIRO, “A protecção do consumidor...”, cit., p. 350, salienta, aliás, que, não obstante a bondade das soluções consagradas no diploma legal, não podemos deixar de as articular com as medidas que são tomadas “em execução da política de consumo”, bem como não podemos dispensar “o recurso às regras gerais, quantas vezes dotadas de virtualidades jurisdiccionais que o intérprete não deve desperdiçar!”.

<sup>10</sup> PINTO MONTEIRO, “A protecção do consumidor...” ...cit., p. 340

<sup>11</sup> Nos termos do n.º 3 do mesmo preceito, as referidas organizações têm ainda o direito de ser ouvidas relativamente à definição das grandes opções estratégicas das empresas concessionárias do serviço público, desde que este seja prestado em regime de monopólio.

<sup>12</sup> Note-se que o princípio da boa fé apresenta um âmbito de mobilização mais vasto do que aquele que é delineado pelo estrito mundo negocial. Na verdade, naquelas hipóteses em que ainda não existe um contrato ou em que apenas

boa fé, expressamente consagrado no artigo 3.º do diploma que temos vindo a acompanhar<sup>13</sup>. E é a partir dele que se estruturam todas as soluções concretamente predispostas, facto que nos poderia levar a questionar qual a prestabilidade da regulamentação em análise, não fosse o princípio da boa fé um princípio de alcance geral que informa todo o ordenamento jurídico. O cepticismo anunciado esvanece-se, contudo, se tivermos em mente duas ideias chave.

Por um lado, qualquer princípio normativo é susceptível de diversas concretizações, algumas das quais impostas, positivamente, pelo legislador. Por outro lado, este princípio da boa fé é balizado pela ponderação do carácter essencial dos serviços em causa e dos interesses dos utentes. É claro que o próprio princípio da boa fé impõe a consideração dos interesses da parte contratualmente considerada mais fraca, corrigindo alguns dos desvios que a simples liberdade contratual poderia deixar intocáveis<sup>14</sup>, mas nem sempre – e isso é notório se tivermos em conta o âmbito subjectivo de “aplicação” do quadro normativo instituído pelo diploma em apreço – esse desnível existe, pelo que se sublinha que é o carácter essencial dos serviços em causa que funciona como matriz inspiradora das soluções concretamente propostas. O que nos leva a adiantar – pensamos que não destituídos de razão – que o quadro normativo que estamos a traçar, a partir do momento em que acompanhamos as soluções legais a este propósito, não é uma mera

---

desvelamos um mero contacto especial entre pessoas certas e determinadas, o princípio da boa fé pode ser chamado a operar. Imprescindível é que essa relação especial exista, para balizar o seu campo de actuação. Nesse sentido, cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 535; MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé em direito civil*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 1255-1256.

<sup>13</sup> Diz o artigo que “o prestador do serviço deve proceder de boa fé, e em conformidade com os ditames que decorram da natureza pública do serviço, tendo igualmente em conta a importância dos utentes que se pretendem proteger”.

<sup>14</sup> Note-se, porém, que a própria liberdade contratual, numa perspectiva de materialização do princípio a que somos conduzidos pela doutrina mais recente, é indissociável da consideração da igualdade em sentido material e não meramente formal, pelo que também a boa fé é chamada a operar de forma sincronizada com aquela dimensão da autonomia privada.

reposição de soluções pretéritas, antes funcionando como um bastião da defesa dos consumidores em particular e dos utentes em geral. Até porque, nunca é demais recordá-lo, qualquer princípio é passível de diversas concretizações e densificações<sup>15</sup>.

Diz-nos PINTO MONTEIRO que a consideração da boa fé e dos interesses dos utentes, bem como o carácter essencial dos serviços concretamente em causa, inspiram uma série de princípios, analisáveis numa série de obrigações por parte do prestador do serviço. Assim, fala-nos o autor do princípio da universalidade, “segundo o qual o serviço é acessível a todos os interessados, parecendo resultar deste princípio, por outro lado, o dever de contratar imposto ao prestador do serviço”, do princípio da igualdade, “que prevalecerá (...) sobre o da liberdade contratual”, do princípio da continuidade, “a fim de assegurar um funcionamento regular do serviço”, e o princípio do bom funcionamento, “com tudo o que isso implica em termos de qualidade do serviço, designadamente, (...), da sua adequação, eficiência e segurança”<sup>16, 17</sup>.

Poderemos, pois, considerar que os subsequentes direitos e deveres conformadores da relação entre o prestador do serviço e o utente são autonomizações normativas decorrentes de um princípio geral já enunciado.

---

<sup>15</sup> Cf., porém, a breve nota que adiante surge a propósito da autonomia do direito do consumo.

<sup>16</sup> PINTO MONTEIRO, “A protecção do consumidor...”...cit., p. 343. O autor, além de sistematizar as implicações positivas a que somos concretamente conduzidos por via da boa fé, salienta, igualmente, que o recurso à boa fé se mostra fecundo em potencialidades jurisdiccionais, assumindo-se como matriz fundamentante de múltiplos deveres (p. 342). O autor evidencia mesmo que a explícita referência à boa fé se pode equiparar, neste ensejo, a concretas imposições de obrigações que hajam sido feitas em legislação estrangeira, como é o caso do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, que prescreve que os serviços fornecidos devem ser adequados, eficientes, seguros e contínuos.

<sup>17</sup> Cf. a este propósito, e enquanto concretização deste princípio, o artigo 7.º da lei n.º 23/96. Diz-nos o preceito que “a prestação de qualquer serviço deverá obedecer a elevados padrões de qualidade neles devendo incluir-se o grau de satisfação dos utentes, especialmente quando a fixação do preço varie em função desses padrões”.

Assim se deve interpretar o artigo 4.º da lei n.º 23/96, onde se consagra expressamente o dever de informação a cargo do prestador do serviço<sup>18</sup>, bem como o artigo 5.º, ao especificar a proibição de suspensão do serviço, sem pré-aviso, salvo caso fortuito ou de força maior<sup>19</sup>.

E se continuarmos a perscrutar o recorte do diploma legal podemos concluir, sem grande dificuldade, que outras das soluções aí consagradas prestam homenagem a alguns dos vectores já referidos. A regulamentação da facturação detalhada é disso exemplo claro. PINTO MONTEIRO afirma que o artigo 9.º “consagra regras da maior importância do ponto de vista da informação e esclarecimento do consumidor no tocante aos valores incluídos nas facturas dos serviços utilizados”<sup>20</sup>. Do mesmo modo, o artigo 6.º, referente ao direito à quitação parcial, pode ser interpretado à luz que do ficou dito sobre o princípio da continuidade da prestação do serviço. Saliente-se, aliás, que o preceito citado está em total sintonia com o disposto no artigo 5.º da lei n.º 23/96.

---

<sup>18</sup> O artigo 4.º da lei n.º 23/96 diz-nos que “o prestador do serviço deve informar convenientemente a outra parte das condições em que o serviço é fornecido e prestar-lhe todos os esclarecimentos que se justifiquem, de acordo com as circunstâncias”. Acrescenta, ainda, no seu n.º 2 que “os operadores de serviços de telecomunicações informarão regularmente, de forma atempada e eficaz, os utentes sobre as tarifas aplicáveis aos serviços prestados, designadamente as respeitantes à comunicação entre a rede fixa e a rede móvel”.

<sup>19</sup> Acrescenta o artigo 5.º do mesmo diploma que “em caso de mora do utente que justifique a suspensão do serviço, esta só poderá ocorrer após o utente ter sido advertido, por escrito, com a antecedência mínima de oito dias relativamente à data em que ela venha a ter lugar”. Numa homenagem ao dever de informação que surge contemplado no artigo precedente, o n.º 3 do artigo 5.º impõe que a advertência a que se fez referência justifique o motivo da suspensão, informe o utente dos meios que tem ao seu dispor para evitar a suspensão do serviço e para a retoma daquele. Ao mesmo tempo, consagra que a prestação do serviço público não pode ser suspensa como consequência da falta de pagamento de qualquer outro serviço, ainda que incluído na mesma factura.

<sup>20</sup> Cf. PINTO MONTEIRO, “A protecção do consumidor...”...cit., p. 345. O autor tem oportunidade de chamar a nossa atenção para os interesses subjacentes à regulamentação no que respeita aos serviços telefónicos, dando, então, conta de um eventual conflito de interesses entre o direito à informação e o direito à privacidade, quer dos iniciadores da comunicação, quer dos destinatários da mesma.

Mais se diga que a lei em apreço estabelece, numa óptica de protecção do utente, prazos mais curtos de prescrição do direito de exigir o pagamento do preço dos serviços prestados. É esse prazo de seis meses, nos termos do artigo 10.º, em oposição ao prazo geral a que somos conduzidos pelo Código Civil<sup>21</sup>. É igualmente de seis meses o prazo de caducidade previsto no n.º 2 do mesmo preceito, nos termos do qual se estabelece que “se, por erro do prestador do serviço, foi paga importância inferior à que corresponde ao consumo efectuado, o direito ao recebimento da diferença do preço caduca dentro de seis meses após aquele pagamento”.

Uma vista panorâmica sobre o quadro normativo instituído pela lei que temos vindo a acompanhar mostra-nos que ela não deixa intocável o *status quo ante*. Não só – e este é um dado extremamente importante, não fosse ele um dos pontos fulcrais de discussão na nossa jurisprudência – os prazos de que o prestador do serviço, enquanto credor, dispõe para exercer o seu direito são encurtados, como muitas das soluções referidas, como decorrências da boa fé, só se tornam inequívocas com o preceituado legal.

### III – O âmbito subjectivo de “aplicação” do diploma legal: o utente vs. o consumidor

A partir do momento em que chegamos à fundada conclusão de que o diploma que trouxemos à colação nos remete para soluções diversas das pré-dispostas pelo legislador para a comum contratação entre privados, somos forçados a indagar qual o âmbito de “aplicação” do mesmo.

Tal exercício, longe de ser especulativo, desonera – e não obstante o reconhecimento da problematicidade que encerra cada concreta actividade de realização do direito pela mediação dos casos concretos – o julgador de uma questão prévia, quando confrontado com a dúvida acerca dessa mesma aplicabilidade. E desdobra-se em duas vertentes,

<sup>21</sup> Cf. Artigo 310.º CC.

uma subjectiva, porque centrada na identificação abstracta dos sujeitos da relação jurídica tida em conta na regulamentação; outra objectiva, porque atinente aos tipos de serviços que, em concreto, podem ser assimilados pela intencionalidade própria do conceito serviço público essencial.

Centremo-nos, por ora, na primeira dessas possíveis e imperiosas perspectivas.

Diz-nos o artigo 1.º, n.º 1 que “a presente lei consagra regras a que deve obedecer a prestação de serviços públicos essenciais em ordem à protecção do utente”, sendo este definido, nos termos do n.º 3 daquele artigo, como “a pessoa singular ou colectiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo”.

Afastamo-nos de um estrito conceito de consumidor, para abraçar o conceito de utente, aliás já recorrentemente por nós utilizado, e concluirmos, fazendo apelo à lei n.º 24/96, de 31 de Julho, que ele é mais amplo do que o primeiro. Na verdade, estamos aqui libertos de alguns constrangimentos impostos pela lei de defesa do consumidor e pelo conceito em que ela se alicerça, e que serve, a um tempo, de sustentação e pólo aglutinador e unificador de todo o direito do consumo.

Entende-se por consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios<sup>22</sup>.

Quer isto dizer que a noção de consumidor é uma noção relacional<sup>23</sup>. Só estaremos diante de um consumidor quando no pólo oposto

---

<sup>22</sup> Cf. Artigo 2.º, n.º 1 da lei n.º 24/96, de 31 de Julho.

<sup>23</sup> LAURENCE LANDY, «Le consommateur européen: une notion éclatée», *Vers un code européen de la consommation, Actes et Débates de Colloque Lyon, les 12 et 13 décembre 1997*, Bruxelles, 1998, p. 62, refere que a qualidade de consumidor deve ser apreciada por referência à posição de cada pessoa num contrato determinado, em relação com a natureza e finalidade do mesmo.

Em princípio isto significará que a noção de consumidor só se torna operativa no âmbito negocial. O que, não obstante, deixa margem para a responsabilidade do produtor com quem o consumidor não estabelece um contrato. Trata-se, aí, é certo de uma situação que extrapola o mundo negocial puro, não deixando, porém, de se estabelecer uma relação especial de consumo, ainda que mediatizada por intermédio

encontrarmos um profissional. Por outro lado, é imperioso que aquele que pretendemos qualificar como consumidor destine os bens e/ou serviços fornecidos e/ou prestados a um uso não profissional<sup>24</sup>.

---

do vendedor da coisa. Ainda assim, cf. DL n.º 383/89, de 6 de Novembro, alterado pelo DL n.º 131/2001, de 24 de Abril. Apesar de se especificar a intenção de protecção do consumidor, no corpo do diploma é sempre referido o lesado, nunca se usando aquela expressão.

Note-se que a noção apresentada não pretende ter um carácter absolutizador. Com isto queremos dizer que a mesma intencionalidade proteccionista pode ser suportada por uma noção diversa, ou pelo menos ligeiramente diversa, que cumpra os mesmos objectivos. Outros propõem, na verdade, uma noção mais ampla do que aquela a que somos conduzidos pela nossa lei de defesa do consumidor. Assim, no relatório da Comissão de Estudo e as “Propositions” publicadas pelo Ministério dos Assuntos Económicos, Administração e Política Comercial, em 1995, com o título “Propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs”, o consumidor aparece definido como “toute personne qui acquiert, reçoit ou utilise un bien, un service ou une communication y relative, sans poursuivre elle-même en qualité d’entreprise la fabrication, la transformation ou la distribution du bien ou la prestation du service”. A extensão do conceito àquele que usa o bem ou serviço sem o adquirir expressamente estava já prevista em legislação anterior – cf. VAN OMMESLAGHE, «Les propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs de la CERDC et le droit commun des obligations (y compris les aspects de droit judiciaire privé)», *Le droit de la consommation en mouvement*, Centre de droit de la consommation, Louvaine-la-Neuve, 1998, p. 246. Isto implica que se alarga a protecção dispensada em termos conceituais a pessoas que não entram directamente em contacto com o prestador do serviço ou o fornecedor do bem. O que, em bom rigor, pode não ir contra a nossa disposição legal, sobretudo em determinadas situações. Pense-se, por exemplo, na figura dos contratos com eficácia de protecção para terceiros e de eventuais direitos dos consumidores à segurança ou à saúde.

<sup>24</sup> Também aqui somos confrontados com soluções alternativas numa tentativa de delimitação do conceito de consumidor. Assim, VAN OMMESLAGHE, «Les propositions...», cit., p. 246, dá-nos conta disso mesmo quando refere que o estudo efectuado propõe, como noção operatória, que um profissional possa ser considerado um consumidor, ainda que afecte os bens ou serviços ao exercício da sua profissão, desde que não submeta os mesmos a uma transformação ou os distribua. Refira-se, porém, que o autor é explícito ao salientar que esta posição não é a maioritariamente acolhida nas legislações internas dos diversos Estados-membros, sequer pela generalidade das directivas comunitárias.

Sobre esta questão particular devemos, também, considerar que a nossa legislação, embora apresente, como pórtico de entrada, uma noção operatória e agregadora de



Aqui encontramos a grande divergência entre o conceito de consumidor e o conceito de utente. Relativamente a este não releva o destino a dar ao serviço que lhe está a ser fornecido. Por outro lado, isso possibilita que o nosso utente seja, e de acordo com expressa

---

todo o direito do consumo que nos limita, excluindo do seu âmbito todos aqueles que afectem um bem ou serviço a um uso profissional, não nos conduz a um mero e formal conceptualismo.

Não só se colocam problemas respeitantes a situações de uso misto do bem ou do serviço, como o apelo à analogia nos pode levar a considerar que uma pessoa, mesmo fazendo um uso profissional daqueles, pode encontrar-se numa situação material concretamente assimilável pela intencionalidade problemática das diversas disposições respeitantes ao direito do consumo.

No mesmo sentido, cf. THIERRY BOURGOIGNE, “The philosophy and scope of consumer law and policy”, *The scope and objectives of consumer law*, F. MANIET AND DUNJA (eds.), Proceedings of a conference held in Gdansk (Poland) on 16 and 17 September 1994, Consumer Institutions and Consumer Policy Programme, p. 25-26 – “*Small entrepreneurs are usually excluded from the definition when they use products and services for the purpose of their business. However, it should be noted that a recent development, along with already the law of some countries, is to extend the scope of consumer law to some countries to such small entrepreneurs, at least when they acquire or use a product or service which is out of the scope of their own professional competence or activity*”.

Aliás, os legisladores dos diversos Estados comunitários foram sensíveis à materialidade das situações, abdicando de apresentar conceitos unitários do consumidor. LAURENCE LANDY, «Le consommateur européen...», cit, p. 71, chega mesmo a afirmar que uma definição unitária de consumidor poder-nos-ia conduzir a um dogmatismo inaceitável, pelo que as diversas directivas comunitárias têm a preocupação de apresentar conceitos parcelares de consumidor, consoante o nicho problemático concretamente em causa. Ora, se assim é ao nível da prescrição legislativa, por maioria de razão, quando nos centramos na concreta decisão judicativa, haveremos de ser orientados por considerações atinentes à materialidade subjacente ao problema, deixando de lado um discurso eivado de um formal dogmatismo.

Os principais problemas são colocados a propósito dos bens que se adquirem e que têm uma natureza essencialmente privada – cf. LAURENCE LANDY, «Le consommateur européen...», cit, p. 65. Entendem, então, alguns que as regras protectoras dos consumidores se devem aplicar quando o fornecedor do bem ou o prestador do serviço não saibam, nem possam saber, que o destino preferencial do bem ou serviço era a actividade profissional da contraparte. Veja-se, porém, a crítica que o autor tece a esta perspectiva, sublinhando que importa antes analisar qual é o destino efectivo a dar ao bem ou a serviço.

indicação nesse sentido dada pelo legislador, uma pessoa colectiva. Ora, há as maiores dúvidas quanto à viabilidade de atribuição da qualidade de consumidor a uma pessoa colectiva<sup>25, 26</sup>.

Assim sendo, tendo o diploma uma vocação universal por referência aos sujeitos abrangidos pela sua regulamentação, há-de ser a determinação do seu âmbito objectivo a recortar o seu campo de “aplicação” prático-concreto.

Torna-se, pois, imperioso determinar quais os serviços a que o legislador se refere na lei n.º 23/96, de 26 de Julho.

---

<sup>25</sup> Na verdade, estando as pessoas colectivas limitadas, na sua capacidade de gozo de direitos pelo princípio da especialidade do fim consagrado no artigo 160.º CC, entendem os autores que dificilmente podem estas adquirir bens ou contratar a prestação de serviços que não estejam funcionalmente adstritos à sua actividade profissional. Sobre a questão de saber se as pessoas colectivas podem ou não ser consideradas consumidores, sobretudo tendo em atenção o artigo 160.º CC e o princípio da especialidade do fim nele consagrado, veja-se PAULO DUARTE, “O conceito jurídico de consumidor segundo o artigo 2.º /1 da lei de defesa do consumidor”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 75, 1999, p.649 a 703 e PAULO MOTA PINTO, “Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo”, *Estudos de Direito do consumidor*, vol. II, Coimbra, 2000, p. 214, nota 45.

<sup>26</sup> Veja-se o que nos diz VAN OMMESLAGHE, «Les propositions...», cit., p. 247. Afirma o autor que contrariamente ao direito em vigor, as “Propositions”, a que já fizemos referência, não conferem a qualidade de consumidores às pessoas morais, o que pode evidentemente restringir o campo de aplicação das disposições relativas ao direito do consumo. E, ao não o fazer, a comissão considerou que uma pessoa colectiva tem uma obrigação de particular prudência e vigilância, que torna injustificável um regime particularmente protectivo como é o regime do direito do consumo. Trata-se, afinal, de uma lógica argumentativa que se aplica, *mutatis mutandi*, a quem é profissional. A nosso ver a dificuldade de qualificar uma pessoa colectiva como consumidor reside exactamente aí. Isto é, na dificuldade – senão mesmo na impossibilidade – de considerar que uma pessoa colectiva pode afectar um bem a um uso não profissional. Questiona-se, porém, se este argumento será procedente quando em causa esteja uma associação cuja finalidade seja, por exemplo, uma causa social e funcione através de trabalho voluntário. Ou, então, no caso de estarmos diante de uma associação recreativa.

#### IV – O âmbito objectivo de aplicação do diploma: o elenco legal e o conceito de serviço público essencial

Como já tínhamos referido anteriormente, o nosso legislador foi particularmente cauteloso. Antecipando eventuais dúvidas interpretativas, que inevitavelmente se iriam colocar, elencou os serviços abrangidos pelo diploma<sup>27</sup>. E, nestes termos, considerou abrangidos pelo seu âmbito de “aplicação” os serviços de fornecimento de água, energia eléctrica, gás e telefone.

A tentativa de desonerar o julgador na sua tarefa de realização concreta do direito, acompanhada por uma preocupação de regulamentação completa e precisa dos serviços previamente identificados, não poderia, contudo, ir ao ponto de paralisar a própria realidade. Esta é – sabemos-lo bem – sempre mais dinâmica que a capacidade de previsão do legislador, provocando a abertura do sistema, como também já salientámos.

Novos desafios foram, portanto, sendo colocados ao decidente, que, pese embora a enumeração dos serviços fornecida *en avant*, não pode deixar de ponderar se estamos ou não, em cada caso concreto, perante uma situação materialmente assimilável pela intencionalidade problemática que perpassa a regulamentação dispensada pelo diploma.

A primeira grande discussão a que se assistiu, de acordo com o que também anunciámos nas linhas introdutórias desta reflexão, prendeu-se com a questão de saber se o serviço de telefones móveis estaria ou não abrangido pela presente lei.

Dispõe o artigo 13.º, n.º 2 que as regras do diploma são extensíveis “aos serviços de telecomunicações avançadas, bem como aos serviços

---

<sup>27</sup> Cf. PINTO MONTEIRO, “A protecção do consumidor...”...cit., p. 339. O autor refere expressamente que o legislador “decidiu prevenir as dúvidas e discussões intermináveis que de outro modo haveria sobre o âmbito de aplicação da lei, no que concerne à determinação de quais os serviços que têm a natureza de serviços públicos e, de entre eles, quais os que são essenciais”. Acrescenta, ainda, que “ao fazer-se a opção de a lei se aplicar aos serviços públicos de fornecimento de água, energia eléctrica, gás e telefone, visou-se criar regras adequadas a problemas frequentes e já suficientemente delimitados destes serviços básicos, aos quais haveria que responder”.

postais”, no “prazo de 120 dias, mediante decreto-lei, ouvidas as entidades representativas dos respectivos sectores”.

Variadíssima foi a legislação trazida a lume deste então, sucedendo-se os regulamentos relativos à exploração do serviço de telefones, quer fixo, quer móvel<sup>28</sup>.

Aparentemente, faria, pois, todo o sentido analisar-se cada um desses diplomas, de forma a orientar uma resposta para a nossa questão, não fosse a particularidade de todos eles, e em conjunto, terem sido revogados pela lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, conhecida como a Lei das Comunicações Electrónicas. Ademais, pode afirmar-se que com ela se vem excluir o serviço público de telefone fixo do âmbito de aplicação da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho<sup>29</sup>.

Referindo-se quer aos assinantes e utilizadores, quer aos consumidores, a lei das comunicações electrónicas deixa praticamente intocável a protecção que era dispensada aos utentes do serviço de telefones pela lei dos serviços públicos essenciais, com excepção de dois pontos particularmente importantes, como sejam a proibição de consumos mínimos obrigatórios e os prazos de prescrição do direito de efectuar a cobrança de dívidas<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Cf. o Regulamento do Serviço Fixo de Telefone, instituído pelo DL n.º 240/97, de 18 de Setembro, que transpõe para o ordenamento jurídico interno a Directiva 95/62/CE, do Parlamento e do Conselho, de 13 de Dezembro. Este foi, entretanto, revogado pelo DL n.º 474/99, de 8 de Novembro, sucessivamente alterado pela Lei n.º 95/2001, de 20 de Maio, e pelo DL n.º 133/2002, de 14 de Maio, que aprova um novo Regulamento de Exploração do Serviço Fixo de Telefone. Refira-se, igualmente, o Regulamento de Exploração dos Serviços de Telecomunicações de Uso Público, aprovado pelo DL n.º 290-B/99, de 30 de Julho, aplicável ao serviço de telefones móveis.

Todos estes regulamentos foram revogados pela Lei das Comunicações Electrónicas (lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro).

<sup>29</sup> Cf., artigo 127.º, n.º 2. Cf. “A exclusão do serviço fixo de telefone do âmbito de aplicação da lei dos serviços públicos essenciais (lei n.º 23/96)”, nota informativa da ANACOM, in [www.anacom.pt/template15.jsp?categoryId=98619](http://www.anacom.pt/template15.jsp?categoryId=98619)

<sup>30</sup> Por assinante, entende-se, nos termos do artigo 3.º, al. e) “a pessoa singular ou colectiva que é parte num contrato com um prestador de serviços de telecomunicações acessíveis ao público para o fornecimento desses serviços”. De acordo com a al. g) do

Antes de mais convém salientar que a lei ora em análise vai muito além de um simples regulamento referente ao serviço de telefones fixos. Não só os serviços de telefones móveis passam a estar expressamente aqui previstos e disciplinados, como as normas aí consagradas podem ser aplicáveis a todos os serviços de comunicações electrónicas, definidos como os serviços “oferecidos em geral mediante remuneração, que consiste total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicação electrónicas, incluindo os serviços de telecomunicações e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão (...)”<sup>31</sup>.

Neste ensejo, continua a ser consagrado um direito à informação. Se a lei n.º 23/96, de 26 de Julho, nos diz que “o prestador do serviço deve informar convenientemente a outra parte das condições em que o serviço é fornecido e prestar-lhe todos os esclarecimentos que se justifiquem, de acordo com as circunstâncias”, devendo os “operadores de serviços de telecomunicações informar regularmente (...) os utentes sobre as tarifas aplicáveis aos serviços prestados, designadamente as respeitantes à comunicação entre a rede fixa e a rede móvel”, a lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, concretiza, de forma pormenorizada, esse mesmo dever do prestador do serviço, ao qual corresponde um direito não apenas dos consumidores em sentido técnico, mas de todos os utilizadores de redes e serviços acessíveis ao público. Nos termos do artigo 39.º, n.º 1, al. b), estes têm direito a dispor, em tempo útil e previamente à celebração de qualquer contrato, de informação escrita sobre as condições de acesso e utilização do serviço. E, se olharmos especificamente para as empresas que prestam serviços de telefones, quer móveis, quer fixos, somos forçados a concluir que o dever de informação ganha contornos ainda mais precisos. Assim, de acordo

---

mesmo preceito, define-se o consumidor como “a pessoa singular que utiliza ou solicita um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público para fins não profissionais”. Utilizador é, nos termos do al. ii), a “pessoa singular ou colectiva que utiliza ou solicita um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público”, considerando-se o consumidor final o “utilizador que não oferece redes de comunicações públicas, ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público”.

<sup>31</sup> Cf. Artigo 3.º, al. cc)

com o artigo 47.º, n.º 1, “as empresas que oferecem redes ou serviços telefónicos acessíveis ao público são obrigadas a disponibilizar ao público, em especial a todos os consumidores, informações transparentes e actualizadas sobre os preços aplicáveis e os termos e condições habituais em matéria de acesso aos serviços telefónicos acessíveis ao público e respectiva utilização”, indicando-se no n.º 2 do mesmo preceito uma lista de informações a ser disponibilizada. Trata-se, não só de uma informação pré-contratual que deve ser satisfeita, como igualmente uma informação contratual<sup>32</sup>.

Acresce que o artigo 48.º estabelece quais os elementos que obrigatoriamente devem constar dos contratos celebrados pelas empresas prestadoras dos serviços de telefones<sup>33</sup>.

Do mesmo modo, continua a ser garantido o direito à facturação detalhada, e agora de forma mais ampla<sup>34</sup>. Mais ampla pelos sujeitos

---

<sup>32</sup> O artigo 48.º, n.º 3 diz especificamente que “sempre que a empresa proceda a uma alteração das condições contratuais [que obrigatoriamente devem constar do contrato celebrado com o assinante do serviço] deve notificar os assinantes da proposta de alteração, por forma adequada, com a antecedência mínima de um mês, devendo simultaneamente informar os assinantes do seu direito de rescindir o contrato sem qualquer penalidade no caso de não aceitação das novas condições, no prazo fixado no contrato”. Por aqui percebemos, de forma clarividente, que a informação a prestar ao assinante não se esgota no momento prévio à celebração do contrato, devendo acompanhar toda a vida contratual.

<sup>33</sup> Especial referência ao artigo 40.º. Diz-nos este preceito que “as empresas que oferecem serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público estão obrigadas a publicar e disponibilizar aos utilizadores finais informações comparáveis, claras, completas e actualizadas sobre a qualidade de serviço que praticam.” Já o artigo 48.º faz constar, entre os elementos que integram obrigatoriamente os contratos celebrados pelo prestador do serviço telefónico, a informação acerca dos “níveis de qualidade de serviço oferecidos”. Combinam-se assim duas ideias fundamentais, que estavam na base da lei n.º 23/96 – o direito à informação e o direito à qualidade dos serviços. Cf. “A exclusão do serviço fixo de telefone...”... cit., nota informativa da ANACOM, p. 5 e 6. Veja-se, ainda, a referência que é feita ao artigo 92.º da lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro.

<sup>34</sup> Cf., no que diz respeito a esta análise comparativa, “A exclusão do serviço fixo de telefone...”... cit., nota informativa da ANACOM, p. 1 e ss.

Refira-se que o direito à facturação detalhada, consagrado no artigo 9.º da lei n.º 23/96, de 26 de Julho, foi normativamente desenvolvido pelo DL n.º 230/96, de 29

a que ela se dirige<sup>35</sup>. Mais ampla pelo nível mínimo de pormenorização exigido no artigo 94.º, n.º 2<sup>36</sup>. Mais ampla porque agora obriga, inequivocamente, os prestadores de serviços de telefones móveis<sup>37</sup>.

---

de Novembro, no que diz especificamente respeito ao serviço de telefones. O olhar que se lança sobre este segundo diploma é, pois, o de complementaridade relativamente ao primeiro, integrando-se totalmente no seu âmbito, pelo que nos leva a afirmar que no espírito do legislador (e sem embargo de não procurarmos uma interpretação subjectivista perscrutadora da vontade do legislador histórico) estava, afinal, uma maior preocupação com a tutela do consumidor, apesar do reconhecimento claro de que todos os utentes – e não só aqueles – merecem um especial tratamento perante grandes empresas concessionárias de serviços públicos essenciais.

Com a aprovação da lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, foi retirado do âmbito da lei n.º 23/96 o serviço de telefones e revogado o decreto-lei posteriormente citado. A regulamentação da facturação detalhada passa, então, a figurar na disciplina deste diploma e a abranger conjuntamente quer os consumidores, quer os assinantes que não integrem essa categoria técnico-jurídica. Isto não obsta a que se continue a sustentar que a principal razão de ser da lei n.º 23/96, de 26 de Julho, se encontra na protecção do consumidor, tendo-se, porém, ido mais longe num claro reconhecimento da importância estratégica que tais serviços desempenham na sociedade. Na verdade, o Decreto-Lei n.º 230/96, de 29 de Novembro, apenas foi revogado em virtude do surgimento de uma disciplina sectorial, agregadora de todo o mercado das comunicações. E nesse sentido ele deve continuar a ser recordado como um argumento histórico de peso.

Assim, a facturação detalhada passa a ser sujeita ao mesmo regime quer o assinante do serviço seja um consumidor, quer não seja. Embora – e refira-se este dado importante – continue a não ser irrelevante para efeitos da disciplina global do diploma a concreta consideração do conceito de consumidor. Cf., a esse propósito, o artigo 47.º.

<sup>35</sup> Têm direito a obter a facturação detalhada, gratuitamente, todos os assinantes, e não apenas aqueles que são considerados consumidores. Cf. Artigo 94.º.

<sup>36</sup> Podem ser fornecidas facturas detalhadas com maior grau de pormenorização, desde que solicitadas pelo assinante, gratuitamente ou mediante um preço razoável, nos termos do n.º 3 do artigo 94.º. Podemos aqui encontrar um resquício da distinção que se propunha no DL n.º 230/96 entre consumidores e não consumidores. Na verdade, ao estabelecer como critério da onerosidade a razoabilidade do preço exigido, fomos levados a considerar que um determinado preço pode ser razoável para um profissional e já não para um consumidor. É certo que estes contratos serão celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais, mas nada impede que as condições gerais da contratação sejam diferentes consoante o tipo de destinatário que tenham em frente.

<sup>37</sup> Nos termos do artigo 39.º, n.º 2, al. b), os assinantes de serviços de comunicações acessíveis ao público têm direito a obter uma facturação detalhada. Ou

A proibição de suspensão do serviço sem pré-aviso, numa lógica de obrigação de continuidade de prestação do mesmo<sup>38</sup>, que presta culto a uma ideia de boa fé, continua a ser nota dominante do diploma agora chamado à colação. Nos termos do artigo 39.º, n.º 2, al. a) “constituem direitos dos assinantes de serviços acessíveis ao público, para além de outros que resultem da lei, serem previamente informados, com uma antecedência adequada da suspensão da prestação do serviço, em caso de não pagamento de facturas”. Acrescenta o artigo 52.º que “as empresas que prestam serviços telefónicos acessíveis ao público apenas podem suspender a prestação do serviço, em caso de não pagamento das facturas, após pré-aviso adequado, de oito dias, ao assinante”, para estabelecer, no n.º 2, que nestas situações “o assinante tem a faculdade de pagar e obter quitação de apenas parte das quantias constantes da factura, devendo, sempre que tecnicamente possível, a suspensão limitar-se ao serviço em causa, excepto em situações de fraude ou de pagamento sistematicamente atrasado ou em falta”, e consagrar, no n.º 3, que “durante o período de suspensão e até à extinção do serviço, deve ser garantido ao assinante o acesso a chamadas que não impliquem pagamento, nomeadamente as realizadas para o número de emergência europeu”. Para lá do período de suspensão, “a extinção do serviço por não pagamento de facturas apenas pode ter lugar após aviso adequado, de oito dias, ao assinante”<sup>39</sup>.

---

seja, este direito existe qualquer que seja o serviço de comunicação electrónica concretamente em causa e não apenas no caso de estarmos diante de um serviço de telefone fixo. Não só se ultrapassa a questão doutrinal e prática de saber se ao serviço de telefones móveis é dispensado o mesmo tratamento que é dado ao serviço fixo de telefone, como se entende que a facturação detalhada configura um direito em outras situações que não as representadas pela comunicação telefónica.

<sup>38</sup> Um princípio de continuidade na prestação do serviço pode ser desvelado em outras normas do diploma. Cf., a esse propósito, o artigo 49.º – “as empresas que oferecem redes telefónicas públicas e ou serviços telefónicos acessíveis ao público em locais fixos são obrigadas a assegurar a disponibilidade das redes e dos serviços em situações de emergência ou força maior”; “as empresas que prestam serviços telefónicos acessíveis ao público devem garantir o acesso ininterrupto aos serviços de emergência”.

<sup>39</sup> Cf. Artigo 52.º, n.º 4.



Mais problemática parece ser a manutenção do *status quo* no que diz respeito ao regime dos consumos mínimos e aos prazos de prescrição do direito de cobrar os créditos de que o prestador do serviço de telefones seja titular<sup>40</sup>.

Do que ficou dito, podemos retirar algumas conclusões breves. Em primeiro lugar, devemos sublinhar que não se desconsiderou a importância do serviço telefónico. Não só – e pese embora as últimas palavras – se intensificou em alguns aspectos a protecção dispensada aos utentes – aqui tratados como utilizadores e assinantes do serviço de telefone –, como se alargou esse quadro normativo a todo o serviço de comunicações, não se quedando o legislador no mero serviço fixo de telefones. O que pode tornar mais perceptível a verdadeira intencionalidade que presidiu à nova regulamentação.

Do que se tratou afinal foi de criar uma regulamentação sectorial, atendendo às especificidades naturais de um nicho de actividade que engloba diversos serviços de comunicações.

E a constatação deste fundamento global poder-nos-á levar a admitir, numa interpretação conjunta dos dois diplomas em análise, que não estamos diante de um limite – legislativamente imposto – à autónoma constituição normativa.

Simplifiquemos a nossa ideia. O artigo 13.º, n.º 2 da lei n.º 23/96, de 26 de Julho, vem dizer que a disciplina predisposta para regulamentar os serviços considerados pelo artigo 1.º, n.º 2 do mesmo diploma como serviços públicos essenciais pode ser estendida às telecomunicações avançadas. Posteriormente, a lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, veio excluir expressamente do âmbito objectivo de “aplicação” do primeiro diploma citado a regulamentação do serviço de telefones, mesmo que fixo. Isto poder-nos-ia agrilhoar a um elenco taxativo de serviços, abdicando de perscrutar novas possibilidades.

No entanto, uma vez desvelada a razão de ser – a um passo, globalizante e sectorial – da lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, vemos que esta não pode configurar entre eventuais argumentos que sejam

---

<sup>40</sup> Cf. “A exclusão do serviço fixo de telefone...”... cit., nota informativa da ANACOM, p. 7 e ss. e a análise explicativa dos fundamentos do legislador que aí podemos encontrar.

chamados à colação no sentido da limitação – por via do sistema – do âmbito de aplicação da lei n.º 23/96, de 26 de Julho. Do mesmo modo, não deverá ser interpretado como um entrave à autónoma constituição normativa o artigo 13.º, n.º 2 desta lei. Da articulação entre os dois diplomas conseguimos entender que, afinal, a obrigatoriedade de actuação directa do legislador como factor imprescindível de mobilização do acervo normativo de protecção dos utentes no que diz respeito ao sector comunicacional se pode justificar pela imperiosa necessidade de sedimentação de um sector recente, e não pela falta de reconhecimento da essencialidade do mesmo.

Ademais, se outras razões não pudessem ser aventadas, dever-se-ia sempre ter em consideração a própria estrutura do sistema jurídico, tal-qualmente ele deve ser concebido. Na verdade, o sistema não é hoje visto – nem pode ser, pelo reconhecimento da realidade como um estrato integrante desse mesmo sistema – como um sistema fechado. E nesse sentido, os limites da juridicidade devem ser determinados a partir do problema e não a partir do sistema.

Simultaneamente, e numa mesma linha de pensamento, inscrito nos ensinamentos de CASTANHEIRA NEVES, o âmbito de aplicação de uma norma ou conjunto de normas não pode ser pré-determinado em abstracto, só sendo inteligido no confronto com casos concretos. O que significa que uma norma pode definir critérios de delimitação do seu âmbito objectivo e subjectivo de aplicação, mas não poderá impedir que, quando o confronto de intencionalidades problemáticas o justifique, essa mesma norma seja mobilizada para resolver casos não directamente previstos pelo legislador. Na verdade, a analogia corresponde à matriz do pensamento especificamente jurídico e não pode ser arredado do discurso do decidente<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Nesse sentido, cf. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica...* cit., p. 78 e ss., p. 238 e ss., "Interpretação jurídica", *Digesta*, vol. II, pp. 337 e ss., Coimbra Editora, Coimbra, 1995 e *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, e PINTO BRONZE, *A metodonomia entre a semelhança e a diferença: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, p. 418 a 485

Mesmo em situações mais complexas, que eventualmente pudessem suscitar dúvidas, como sejam as normas penais incriminadoras e as normas excepcionais, deve-

O que nos leva a um trabalho que vá para além de uma mera exegese do normativo legal. A nossa preocupação será, pois, a delimitar, tendo em atenção a intencionalidade problemática da norma, o seu âmbito abstracto que, depois, em concreto, será confrontado com o âmbito material do *caso decidendum* de molde a determinar se pode ou não haver assimilação de um pelo outro.

Nestes termos, começaremos por descortinar as notas comungadas pelos diversos serviços directamente elencados pelo legislador. Sabemos que são serviços públicos e que dentro destes são serviços essenciais.

O carácter público do serviço não implica que ele seja prestado pelo Estado. Como refere PINTO MONTEIRO, “embora se trate de um domínio tradicional do Estado, regiões autónomas, autarquias e entidades públicas, os serviços públicos essenciais podem ser prestados por empresas privadas a quem esses serviços hajam sido concessionados”<sup>42</sup>. Mas implicará que estejamos num domínio de actividade em que há um pendor regulamentador por parte do Estado, quanto mais não seja no que tange à atribuição de concessões.

Por outro lado, a essencialidade do serviço vai – a nosso ver – para além da função de satisfação de necessidades de primeira ordem. É certo que cada um dos serviços indicados pelo legislador aponta para uma necessidade básica das sociedades hodiernas. No entanto, também dão resposta a necessidades vitais os serviços médicos ou os serviços de transporte e nem por isso parecem estar abrangidos pela disciplina protectiva a que temos feito referência. O que nos leva a adiantar que a essencialidade está aqui profundamente conotada com o carácter quotidiano da contratação em causa. Se virmos bem – e tentarmos

---

-se entender que a analogia não fica arredada, na exacta medida em que a própria interpretação é ainda e sempre analogia. Nesse sentido, cf. CASTANHEIRA NEVES, “O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia*, 1984, p. 307 e ss. (e ainda em *Digesta – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, volume 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 347 e ss.) e *Metodologia Jurídica...* cit., p. 264 e ss.

<sup>42</sup> PINTO MONTEIRO, “A protecção do consumidor...”...cit., p. 340

enquadrar dogmáticamente os contratos envolvidos – podemos afirmar, sem margem para dúvida, que qualquer um deles implica prestações de dois tipos. Do lado do prestador do serviço, a prestação típica caracteriza-se por ser uma prestação duradoura de execução continuada<sup>43</sup>. Do lado do utente, a qualificação dogmática encaminhar-nos-á para a noção de prestação periódicas ou com trato sucessivo<sup>44, 45</sup>.

Aqui chegados podemos tecer algumas considerações conclusivas.

Na verdade, todo o diploma se encontra desenhado segundo uma ideia de taxatividade do elenco normativo agregador da regulamentação subsequente. Mas se assim é *a priori*, somos levados a acreditar que não é imperioso que assim seja no final de um processo dialógico-argumentativo. Em primeiro lugar, constatámos que, mesmo quando o legislador retira do âmbito objectivo de aplicação do diploma alguns serviços, o faz numa lógica sectorial, que escapa a uma intencionalidade

---

<sup>43</sup> ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 92 e ss. Caracterizam-se aí as prestações duradouras de execução continuada como aquelas cujo cumprimento se prolonga ininterruptamente no tempo. O autor dá mesmo como exemplo típico destas prestações as do fornecedor de água, gás, electricidade, embora dê conta que os autores questionam (cf. nota 2 da página 93) se nestes casos existe uma relação duradoura unitária ou se há uma série de contratos isolados cuja realização se sucede no tempo.

<sup>44</sup> ANTUNES VARELA, *Das obrigações...cit.*, p. 93 – “aquelas que se renovam, em prestações singulares sucessivas, por via de regra ao fim de períodos consecutivos.” Estas distinguem-se das prestações intermitentes ou desgarradas (cf. p. 92, nota 1), “que também se prolongam no tempo, mas sem a periodicidade e a homogeneidade própria das prestações reiteradas, periódicas ou de trato sucessivo”. No fundo, esta distinção doutrinal a que somos conduzidos por uma leitura atenta das páginas de ANTUNES VARELA espelha um pouco o que nós salientámos no corpo do texto – a indissociabilidade natural entre o quotidiano dos utentes e os serviços concretamente em causa. Daí que a contraprestação, a cumprir por aqueles, se renove em períodos sucessivos.

<sup>45</sup> Esta constatação não torna verdadeiro o inverso. Ou seja, não é por se delatarem determinadas características que permitem esta qualificação doutrinal das prestações que integram os contratos em causa que podemos, de forma indutiva, concluir que qualquer contrato que as contenha deve ser submetido ao regime dos serviços públicos essenciais. Basta pensar, por exemplo, num contrato de arrendamento nos termos do qual o senhorio fica devedor de uma prestação duradoura de execução continuada, como contrapartida de uma prestação periódica que onera o inquilino.

limitativa da autónoma constituição normativa. Em segundo lugar, não podemos esquecer que a analogia faz parte da radical matriz do pensamento jurídico hodierno, pelo que nunca poderá ser afastada do nosso referente problematizante. O direito realiza-se – e realizar-se-á sempre – no confronto de intencionalidades problemáticas, pelo que podemos ser levados a considerar que não estamos em presença de um dos serviços previstos na lei n.º 23/96, de 26 de Julho, e ainda assim ele ser materialmente assimilável, na sua intencionalidade problemática, ao âmbito material desvelado pelo diploma.

Em vez de taxatividade dever-se-á falar de tendencial taxatividade. Ou seja, o diploma define concretamente um âmbito de aplicação a que o juiz decidente não poderá ser alheio. Mas esse âmbito pré-definido deve ser ponderado por referência ao traçado comum dos diversos serviços elencados e não através de um apego à individualidade de cada um deles.

## **V – Autonomia do direito do consumo?**

Se assim é, parece que temos aqui um argumento importante para sustentar a autonomia normativa do direito do consumo. Há uma intencionalidade própria a perpassar a regulamentação do diploma em análise, que acompanha o recorte dos serviços concretamente em causa. Mas também podemos pensar que a sua delimitação decorre da essência imanente de tais serviços e não de uma intencionalidade especificamente dirigida ao conceito de consumidor, até porque ele, pelo menos em sentido técnico-jurídico, está aparentemente ausente do desenho global do diploma.

Parece, pois, não ser espúrio questionar se faz sentido falar de autonomia deste nicho normativo que é o direito do consumo. É que, bem vistas as coisas, o que aqui está em debate é uma protecção contra práticas económicas e comerciais que podem ser lesivas de uma parte considerada – em abstracto, mas tendo em conta os dados da realidade – mais fraca. Ou seja, poder-se-á supor que não é o consumidor enquanto tal que está em causa mas todo e qualquer contraente a quem, pela constatação de um desequilíbrio de forças, o ordenamento jurídico

procure garantir uma posição de igualdade material, a despeito de uma igualdade formal que sempre se reconheceu, como pilar sustentador da operatividade da autonomia privada.

Essa parece ser, aliás, uma tendência marcadamente vinculada nos diversos ordenamentos jurídicos e salientada pelos vários autores que se debruçam sobre a materialidade da liberdade contratual.

A autonomia privada, de que a liberdade contratual é a mais importante manifestação, é definida por SOUSA RIBEIRO como um “processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam, que ficam obrigados à observância dos efeitos vinculativos da regra por si criada”<sup>46, 47, 48</sup>.

---

<sup>46</sup> Reproduzimos aqui parte do texto que elaborámos em conjunto com o Sr. Dr. JOÃO PEDRO RODRIGUES - *Nós (eu e tu) e o outro (Estado) ou o outro entre nós?: Breves notas a propósito do impacto da Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, sobre o princípio da liberdade contratual – morte do princípio ou manutenção do status quo ante?*, no âmbito do livro de homenagem ao Senhor Professor Doutor Henrique Mesquita (em fase de publicação).

<sup>47</sup> SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 21 e ss.

Note-se que SOUSA RIBEIRO vê o contrato como um sistema de interacção particularizado, imerso noutros sistemas mais amplos. O autor salienta que esta é a concepção que melhor permite captar a produção de efeitos vinculativos que, não podendo ser reconduzidos à vontade das partes ou à lei, resultam da juridificação da moral de interacção. E continua o mesmo insigne civilista afirmando que o fenómeno extravasa a esfera do contrato e da sua área envolvente, exemplificando com os institutos da responsabilidade pré-contratual e dos contratos com eficácia de protecção para terceiros. Concordando, embora com a ideia do contrato instituir um sistema de regulamentação particular inserido num sistema mais amplo, não cremos que se tenha de concluir que esse fenómeno extravasa o âmbito da relevância contratual. No que concerne aos contratos com eficácia de protecção para terceiros, porque os deveres de protecção podem, através de uma adequada compreensão do fenómeno de integração contratual, em harmonia com o modo como se compreende a interpretação do negócio, ser reconduzidos ao conteúdo contratual, pensamos tratar-se ainda de uma manifestação da disciplina normativa instituída pelo contrato. Do mesmo modo, embora não exista ainda uma obrigação validamente assumida, o âmbito de relevância dos casos tradicionalmente tratados como responsabilidade pré-contratual pode ainda ser assimilado pelo âmbito de relevância concreta do regime da responsabilidade contratual. Determinados sujeitos, mobilizando a sua esfera de direitos subjectivos, estabelecem um ordenamento próprio destinado a satisfazer um especial interesse do credor e gerador de uma confiança

acrescida entre as partes. É essa confiança, porque entendida em termos normativos e decorrente da exigência que o sistema comunica aos contraentes através do princípio da boa fé, que constitui um fundamento especial da responsabilidade que se gera em qualquer das situações.

Já não se trata, pois, apenas e só de uma responsabilidade correlativa ao exercício da liberdade, porque essa é, afinal, o fundamento da responsabilidade extracontratual, mas de uma responsabilidade que, alicerçando-se na referida confiança, visa satisfazer por outra via o interesse do credor ou dar resposta às expectativas geradas entre dois sujeitos certos e determinados.

Questão diferente é a de saber se os referidos deveres de protecção podem ainda ser reconduzidos à vontade das partes ou se afastam, de imediato, a autonomia privada. Cremos que, sem embargo da longa e difícil discussão que se tem assistido em torno desta problemática, os contraentes ou os futuros contraentes se vinculam sempre e ainda à regra por eles criada, ainda que essa regra implique, como tem de implicar, que eles sejam contraentes honestos, leais e correctos. Ademais, a boa fé só é chamada a actuar no quadro previamente traçado pelas partes, pelo que a vontade destas surge ainda como o elemento determinante de toda a normatividade concretamente instituída.

Impor-se-ão igualmente umas breves palavras a propósito da própria concepção de contrato. Para uma panorâmica geral acerca das várias concepções, cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, ... cit., p. 218 e ss. Não se trata aqui da adesão clara a uma perspectiva normativista, perceptivista ou objectivista do contrato (cf., a este propósito, BETTI, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, tradução de B. Miranda, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, 1969, p. 107 e ss.), embora se pense, em simultâneo, que não é incompatível conceber, a um tempo, o contrato como o acordo de vontades gerador de obrigações e a relação jurídica dele emergente, disciplinada por regras ditadas pelas partes em conformidade com o ordenamento jurídico e os princípios normativos que o integram. É claro que as normas legais não se confundem com as regras contratualmente estabelecidas, mas isso não quer dizer que não tenham pontos de contacto – designadamente, e contra o que sustenta grande parte da doutrina, na qual se inclui ANTUNES VARELA (*op. cit.*, *loc. cit.*) no que tange ao modo como se compreende o problema da integração e interpretação nos dois nichos problemáticos – e que não se relacionem em termos concêntricos. Voltamos a afirmar que o contrato estabelece um ordenamento particular que se insere num ordenamento mais amplo, recusando-se um ponto de vista puramente positivista que via no negócio jurídico um mero factio ao qual o direito depois, lógico-substantivamente, se haveria de aplicar.

<sup>48</sup> Sobre o princípio da liberdade contratual e a autonomia privada, cf., igualmente, PUGLIATTI, “Autonomia privada”, n. 5, *Enciclopedia del diritto*; MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 88 e ss.; ANTUNES VARELA, *Das obrigações*... cit., p. 226 e ss.; CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 57 e ss.

Se a autonomia é entendida como a faculdade de cada um gerir livremente a sua esfera de interesses, é ao nível obrigacional que ela se galvaniza, traduzindo-se na já referida liberdade contratual. Segundo este princípio, cada um é livre de decidir se contrata ou não, de escolher a contraparte com quem vai celebrar o negócio e de conformar o conteúdo contratual.

Compreende-se, por isso, a estrita conexão do princípio com os vectores que norteiam a estrutura económica das sociedades nascidas com as revoluções liberais. Como salienta MOTA PINTO, a liberdade contratual pressupõe “determinadas regras de organização económica e social (...). É o caso dos princípios da livre empresa ou da iniciativa privada, da economia de mercado e da propriedade privada das unidades de produção”. E acrescenta que “podemos dizer que a regra da liberdade contratual é o instrumento jurídico necessário à actuação do princípio económico da empresa livre, ao sistema de economia de mercado e ao exercício da propriedade privada”<sup>49</sup>.

Mais do que isso, compreende-se o clima de favor com que o princípio foi recebido no período liberal. Num momento histórico em que os abusos dos estados absolutistas tinham de ser controlados, o direito civil passa a ser visto como o espaço privilegiado de acção. Colocando um particular em face de outro particular, passa a ser entendido como “um sistema de liberdades, um espaço próprio sem intromissão do Estado”<sup>50</sup>.

O homem, entendido então como indivíduo, era livre. Negativamente livre, no confronto com o Estado, que se queria ausente, e no

---

<sup>49</sup> MOTA PINTO, *Teoria Geral...*cit., p. 109. Cf., ainda, nessa obra, p. 111 e 112. O autor refere que “no domínio económico onde vigora a economia planificada e onde a produção está organizada pelas empresas do Estado, das cooperativas, das autarquias locais ou de outras organizações sociais, como é o sector tendencialmente exclusivista da economia dos países socialistas, o contrato e a liberdade contratual têm muitíssimo menos importância do que no quadro da economia capitalista”.

<sup>50</sup> KONRAD HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, 1995, p. 38. O autor afirma mesmo que o direito privado aparecia como o autêntico baluarte da liberdade burguesa, entendida como uma liberdade dos particulares de dispor de um espaço próprio sem intromissões do Estado.



confronto com os outros indivíduos, vistos como barreiras intransponíveis ao livre desenvolvimento de cada um.

E este indivíduo des-solidário na sua liberdade negativa era um igual a outros iguais. A igualdade que se postulava era, então, a igualdade formal<sup>51</sup>.

Neste âmbito, a liberdade contratual, mais do que um princípio fundamentante, era visto como um operador eficiente de realização na prática dos postulados da organização política e económica das sociedades que então emergiam<sup>52</sup>.

O Estado era visto como um ente a evitar porque funcionaria sempre pior que os particulares. O mercado, a “mão invisível” de que falava ADAM SMITH, seria o instrumento que tudo regularia e permitiria a correcta afectação dos bens. E por isso, juridicamente, foi remetido para as empresas e os particulares em geral – entendidos aqui como pessoas singulares – a concreta composição da sua esfera de interesses, decidindo quando contratar, com quem contratar e como contratar.

O encontro de vontades garantiria a justeza do acordo estabelecido, porque se presume que se as partes chegam a um acordo é porque os efeitos do contrato são ajustados às pretensões de ambos, sendo considerados os interesses dos dois contraentes. Pelo confronto de pretensões egoístas, acaba por se modelar um resultado justo, afastando qualquer desproporção tendencial<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre o pensamento característico do período em análise, cf. CASTANHEIRA NEVES, *O pensamento moderno-iluminista como factor determinante do positivismo jurídico. A origem moderno-iluminista do legalismo*, policopiado, s.d., p. 1 a 22; e PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 10.ª lição

<sup>52</sup> Não só a liberdade contratual cumpria essa função de garantia de um espaço de actuação autónoma do sujeito, entendida nos moldes plasmados. Os direitos absolutos exerciam idêntica função. Os direitos reais permitiam mesmo alcançar o grau máximo de autonomia, porque, contrariamente ao âmbito contratual, esta era independente do concurso da vontade dos outros. Neste sentido, SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato...cit.*, p., que aqui acompanhamos de muito perto.

<sup>53</sup> A teoria da “garantia da justeza” (entendida como o resultado da síntese operada entre a justiça, a conveniência, a certeza e segurança jurídica) do mecanismo contratual remonta a SCHMIDT-RIMPLER, *apud* SOUSA RIBEIRO, *O problema do*

Compreende-se, pois, que a igualdade fosse, então, vista como um pressuposto da própria liberdade contratual. Todos os cidadãos são iguais – iguais perante a lei e iguais entre si – e só essa igualdade, formalmente concebida, garantiria a plenitude do funcionamento do mecanismo contratual em que se alicerçava a economia emergente<sup>54</sup>.

Com as alterações verificadas, traduzíveis na passagem de um Estado de Direito Liberal para um Estado de Direito Social, a problemática do contrato não ficaria intocável<sup>55</sup>.

A pressuposta igualdade formal, que acabava por se confundir com a própria ideia de liberdade, já não seria suficiente para garantir a justeza do contrato. O homem deixa de ser entendido no sentido do *homo oeconomicus* e passa a ser compreendido como o homem concreta e historicamente situado, ao que se alia uma crescente intervenção do estado na economia.

Aos crescentes desequilíbrios constatáveis entre os contraentes, os diversos legisladores responderam com a preocupação de garantir uma verdadeira igualdade material entre eles, a despeito da igualdade

---

*contrato...cit.*, p. 75 e ss. Na mesma obra, podemos ainda recolher o comentário de HART, que afirma que a tese de SCHMIDT-RIMPLER transpõe para “o plano do contrato a representação liberal de harmonia no plano global do mercado”.

Sublinhe-se o alerta de SOUSA RIBEIRO. Apesar da designação da teoria, não se defende aqui qualquer correspondência entre o conteúdo do contrato e uma representação objectiva de justiça. O que se pretende salientar é que o mecanismo contratual, ele mesmo, garantiria um equilíbrio entre as partes.

<sup>54</sup> Note-se que, de acordo com o que podemos apurar pela leitura atenta de SOUSA RIBEIRO, a posição de SCHMIDT-RIMPLER não se pode compreender no sentido de um conceito formal de autodeterminação. Caso contrário, a ideia de justeza do conteúdo não faria qualquer sentido. De facto, o autor admite que a justeza do conteúdo pelo mecanismo contratual está sempre dependente da verificação de determinados pressupostos mínimos e reconhece que há situações em que ela falha, mas estes casos seriam *a priori* expurgados do próprio sistema concebido. Cf. SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato...cit.*, p. 83 e ss.

<sup>55</sup> Sobre o impacto que as alterações económicas, políticas e sociais tiveram ao nível do desenho contratual e da sua disciplina jurídica, v., *inter alios*, ORLANDO GOMES, *Transformações gerais do direito das obrigações*, 2.<sup>a</sup> edição, 1980, p. 81 e ss. e SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3.<sup>a</sup> edição, 1964, p. 26 e ss., e CARLOS ALBERTO BITTAR, “O dirigismo económico e o direito contratual”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXVI, 1979, p. 123 e ss.

formalmente pressuposta. Assim se explica o surgimento de um número crescente de normas imperativas no domínio contratual, a imposição de obrigações de contratar, bem como limitações na possibilidade de escolha da contraparte no acordo<sup>56</sup>.

Sentindo-se com maior acuidade o desequilíbrio de que falávamos em determinados sectores da contratação, chega-se mesmo a constituir nichos normativos com intencionalidade próprias, de que são exemplo, a par do direito do trabalho, com foros de autonomia, o direito do arrendamento ou o direito do consumo, este último caracterizado por uma transversalidade que o aproxima, em muitas matérias do direito público, sobretudo pelo constante apelo ao regime contra-ordenacional como forma privilegiada de sanção para os profissionais que não cumprem as suas obrigações em face dos consumidores.

Há, de facto, uma intencionalidade específica no direito do consumo. Na verdade, não se trata aqui apenas e só de restabelecer o equilíbrio perdido entre as partes – apenas pressuposto e assegurado em termos meramente formais pelo direito civil dito tradicional –, mas também de reconhecer que há um desenho que inequivocamente nos remete para a consideração do consumidor e do direito do consumo na sua autonomia dogmática e valorativa própria.

THIERRY BOURGOIGNIE chama-nos a atenção para este dado importantíssimo<sup>57</sup>. Defensor da autonomia do direito do consumo, o autor

<sup>56</sup> SOUSA RIBEIRO fala a este propósito numa materialização da liberdade contratual. Cf. *O problema do contrato...* cit., p. 99

A este propósito veja-se, igualmente, o que nos diz CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 51, nota 90. Falando de igualdades jurídico formais, o autor refere que “se tem vindo a desenvolver a ideia de uma igualdade jurídico-material ou substancial, em virtude da reivindicação de um fundamento axiológico-jurídico material da igualdade e de atitudes críticas sobre a ordem sócio-económica existente, ligadas à consciência da necessidade e da possibilidade de a modificar, o que entre nós tem obtido tradução através de recolocações da igualdade negocial, face a condicionalismos inicialmente inigualitários, através da exigibilidade de certas prestações estaduais por parte de determinadas categorias de cidadãos carenciados e mesmo através de promoções de uma real igualização através de diferenciações e modificações legais compensatórias, quando exigidas por uma material intenção de real igualdade e de justiça social”.

<sup>57</sup> THIERRY BOURGOIGNIE, “The philosophy and scope of consumer law and policy”, *The scope and objectives of consumer law*, F. MANIET AND DUNJA (eds.), Proceedings

começa por salientar que a pluralidade de políticas do consumidor não indicia falta de unidade na regulamentação deste nicho normativo,<sup>58</sup> para depois afirmar que o direito do consumo não se pode reduzir a esta dimensão de materialização do direito dos contratos<sup>59</sup>. Na verdade, de acordo com a posição do autor, apesar de a noção legal de consumidor o apresentar como um indivíduo, o conceito deve ser entendido numa perspectiva que sublinhe a pertença do consumidor individual a um corpo de consumidores. Ou seja, não deve ser olvidada uma dimensão colectiva dos interesses<sup>60</sup> que tende a perpassar a regulamentação do direito do consumo<sup>61</sup>.

---

of a conference held in Gdansk (Poland) on 16 and 17 September 1994, Consumer Institutions and Consumer Policy Programme.

<sup>58</sup> Muito pelo contrário, o autor salienta explicitamente que o direito do consumo não se pode integrar em nenhum dos tradicionais ramos do direito. Não é direito civil, não é direito comercial, não é direito criminal, não é direito processual, não é direito administrativo, não é direito fiscal, mas estende-se por todas estas disciplinas. *Consumer law casts a new light on the market relationship that is different from that afforded by the other legal disciplines and policies* – THIERRY BOURGOIGNIE, “The philosophy and scope...”...cit., p. 24. E acrescenta que o direito do consumo, bem como a política do consumidor, devem ser entendidas como autónomas, apesar de plurais ou diversas, centrando-se na noção de consumidor. Este dado poder-nos-ia levar a duvidar da bondade de integrar a lei n.º 23/96, de 26 de Julho, na esfera específica da protecção do consumidor. Veremos, porém, que outros dados nos permitirão fazê-lo.

<sup>59</sup> Salienta o autor que o direito do consumo está longe de ser uma mera protecção dos compradores ou uma mera correcção do direito contratual.

<sup>60</sup> THIERRY BOURGOIGNIE, “The philosophy and scope...”...cit., p.26. *Legal rules to consumer relationships must take into account of this collective dimension*, refere THIERRY BOURGOIGNIE. Por um lado, diz-nos o autor, temos de ter em conta que os danos sofridos por um consumidor individualmente considerado podem ser experimentados por uma panóplia de outros consumidores. Por outro lado, temos de considerar mesmo a existência de interesses colectivos dos consumidores, que são distintos dos interesses gerais ou públicos. E sintomático disso mesmo parece ser a existência de esquemas colectivos de protecção dos interesses daqueles, bem como a presença de representantes dos mesmos, quer em termos individuais, quer em termos colectivos (cf. p. 27). Neste sentido, se deve sublinhar o artigo 2.º da lei n.º 23/96, de 26 de Julho. A dimensão colectiva que aí surge mostra-nos inequivocamente que, para lá da essência dos serviços em causa, o diploma está predisposto para tutela dos consumidores, embora estes não surjam identificados como tal no corpo do diploma.

<sup>61</sup> Refira-se, porém, que o direito do consumo surge conexionado com a estrutura económica e social hodierna. E nesse sentido, é evidente que existe uma relação

## Bibliografia

- ANACOM (nota informativa da), A exclusão do serviço fixo de telefone do âmbito de aplicação da lei dos serviços públicos essenciais (lei n.º 23/96)”, in [www.anacom.pt/template15.jsp?categoryId=98619](http://www.anacom.pt/template15.jsp?categoryId=98619)
- BETTI, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, tradução de B. Miranda, 2.ª edição, Coimbra, 1969
- BITTAR, CARLOS ALBERTO, “O dirigismo económico e o direito contratual”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXVI, 1979, p. 123 e ss.
- BOURGOIGNIE, THIERRY, “The philosophy and scope of consumer law and policy”, *The scope and objectives of consumer law*, F. MANIET AND DUNJA (eds.), Proceedings of a conference held in Gdansk (Poland) on 16 and 17 September 1994, Consumer Institutions and Consumer Policy Programme,

---

estreita entre o direito do consumo e as transformações recentemente operadas no direito civil. Pode mesmo dizer-se que em parte elas foram potenciadas pelas mesmas causas e têm na sua raiz um pensamento da mesma índole. Porém, da mesma forma que o direito do trabalho pode encontrar uma raiz comum na necessidade de proteger a parte contratualmente tida por mais fraca, tendo-se autonomizado dogmaticamente, assim o direito do consumo supera a sua génese e ganha foros de autonomia.

Assim, THIERRY BOURGOIGNIE (“The philosophy and scope...” cit., p. 29) salienta que as considerações que justificam o aparecimento de uma política de defesa do consumidor, e consequentemente o direito do consumo, se reconduzem ao mundo económico e social. Por um lado, temos de ter em atenção as insuficiências do mercado – que invariavelmente conduzem o consumidor a uma posição muito mais fraca do que aquela que em teoria se advoga (défice de concorrência do mercado, défice de informação, défice de capacidade contratual, défice de segurança, défice de acesso à justiça) –; por outro lado, numa lógica que entronca na própria ideologia ao serviço da transformação da realidade, é importante salientar o vigor que alcançou um princípio da igualdade, bem como um ideário democrático (p. 30).

Como podemos constatar, se cotejarmos o que estamos a relatar com o que ficou dito anteriormente, o surgimento e incremento do direito do consumo geneticamente confunde-se com uma ideia de materialização do princípio da liberdade contratual e do direito dos contratos. Sublinhamos, apenas e mais uma vez, que, após essa génese, seguiram caminhos diversos, mantendo-se a relação entre direito filial e direito mãe, estatuto desde sempre reconhecido ao direito civil.

- BRONZE, PINTO, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, p. 418 a 485
- , *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002
- CORDEIRO, MENEZES, *Da boa fé em direito civil*, Almedina, Coimbra, 2001
- DUARTE, PAULO, “O conceito jurídico de consumidor segundo o artigo 2.º /1 da lei de defesa do consumidor”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 75, 1999, p.649 a 703
- GOMES, ORLANDO, *Transformações gerais do direito das obrigações*, 2.ª edição, 1980
- HESSE, KONRAD, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, 1995
- LANDY, LAURENCE, «Le consommateur européen: une notion éclatée», *Vers un code européen de la consommation, Actes et Débates de Colloque Lyon, les 12 et 13 décembre 1997*, Bruxelles, 1998
- MONTEIRO, PINTO, “A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000
- MONTEIRO, SINDE, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989
- NEVES, CASTANHEIRA, “O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia*, 1984, p. 307 e ss. (e ainda em *Digesta – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, volume 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 347 e ss.)
- , *Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, Coimbra, 1993
- , “Interpretação jurídica”, *Digesta*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995 pp. 337 e ss.
- , *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003
- , *O pensamento moderno-iluminista como factor determinante do positivismo jurídico. A origem moderno-iluminista do legalismo*, policopiado, s.d

- PINTO, CARLOS ALBERTO MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005
- PINTO, PAULO MOTA, “Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo”, *Estudos de Direito do consumidor*, vol. II, Coimbra, 2000
- PUGLIATTI, “Autonomia privata”, n.5, *Enciclopedia del diritto*; p. 88 e ss
- RIBEIRO, SOUSA, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999
- SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3.<sup>a</sup> edição, 1964
- SOUSA, CAPELO DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003
- VAN OMMESLAGHE, «Les propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs de la CERDC et le droit commun des obligations (y compris les aspects de droit judiciaire privé)», *Le droit de la consommation en mouvement*, Centre de droit de la consommation, Louvaine-la-Neuve, 1998
- VARELA, ANTUNES, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2003

## Trabalhos de Estudantes do Curso





## O CRITÉRIO DE BOA FÉ NO D.L. N.º 446/85

MARCO DIAS

Advogado

### INTRODUÇÃO

Os contratos celebrados por adesão de uma das partes<sup>1</sup> estão submetidos ao regime do D.L. n.º 446/85, de 25 de Outubro. Existe, portanto, a regular estes contratos, um regime especial, diferente do regime geral; regime geral este onde impera o princípio da autonomia privada e a liberdade contratual dela decorrente.

Na generalidade dos contratos vigoram estes dois princípios, mas nos contratos por adesão há um desequilíbrio típico entre as partes, que o regime especial procura compensar. Nestes, uma das partes impõe determinadas cláusulas à outra das partes, que não as pode modificar, limitando-se a sua liberdade (contratual) a aceitar contratar com essas cláusulas ou não contratar de todo. E mesmo esta liberdade pode ser

---

<sup>1</sup> Para designar estes contratos utilizar-se-á, daqui em diante, a expressão “contratos por adesão”, fazendo referência ao seu modo de formação. Não se utiliza a expressão mais comum de “contratos de adesão”, por esta dar a ideia de que se está a falar de um contrato que tem por efeito fazer as partes aderir a algo. Também não se faz referência a cláusulas contratuais gerais porque a lei, após a alteração resultante do D.L. n.º 249/99, não se aplica apenas a contratos com cláusulas contratuais gerais, mas a qualquer contrato que contenha uma cláusula imposta, mesmo que não tenha a característica da generalidade.

muito limitada, dependendo, no caso concreto, da importância que celebrar o contrato tenha para o aderente.

A limitação da liberdade contratual do aderente e a impossibilidade de influenciar o conteúdo das cláusulas levam a que ele não possa fazer consagrar os seus interesses nas estipulações contratuais, surgindo, assim, o risco de desequilíbrio de interesses no contrato<sup>2</sup>, seja porque o utilizador das cláusulas se aproveita da falta de liberdade do aderente para impor os seus interesses, seja porque não terá o cuidado de acautelar os interesses do aderente, juntamente com os seus.

É este desequilíbrio de forças entre as partes, no momento de contratar, traduzindo-se na impossibilidade do aderente influenciar o conteúdo das cláusulas, que justifica a aplicação de um regime especial que proteja o aderente, como parte mais fraca.

Deste desequilíbrio típico entre as partes, nos contratos por adesão, surgem três problemas principais, que o regime específico para estes contratos vai tentar resolver, compensando o referido desequilíbrio. São eles o desconhecimento do conteúdo das cláusulas do contrato, a insuficiente protecção dos interesses do aderente no conteúdo das cláusulas e, ainda, a necessidade de mecanismos judiciais e extra-judiciais adequados e fáceis de utilizar pelo aderente, para reagir contra os abusos que surgem no âmbito dos contratos por adesão.

É no problema do controlo do conteúdo das cláusulas, impostas ao aderente, que, na legislação portuguesa, surge a boa fé como limite e critério de avaliação do conteúdo das mesmas. (15.º D.L. n.º 446/85).

---

<sup>2</sup> Teoria da Garantia de Justeza. Tendo, as partes, idêntico poder negocial na formação do contrato, podem negociar as cláusulas do contrato, precavendo os seus interesses e, assim, assegurando o equilíbrio de interesses no contrato.

## O Critério de Boa Fé no D.L. n.º 446/85

### I – Boa fé

A cláusula geral de boa fé remete-nos para valores de lealdade, honestidade, protecção, proporcionalidade, equilíbrio. Trata de proteger valores fundamentais do sistema jurídico. Como cláusula geral que é, tem um carácter genérico e demasiado vago para dela se retirarem imediatamente normas jurídicas.

Das concretizações normativas da boa fé, pode-se concluir que ela surge com dois sentidos principais: um subjectivo e outro objectivo.

Em sentido subjectivo refere-se a um estado do sujeito, em que ele desconhece determinada situação.

Em sentido objectivo é relativo a valores como a lealdade, honestidade, correcção, cooperação, dos quais resultam certas normas de conduta.

A boa fé em sentido objectivo assume também a protecção das legítimas expectativas de um sujeito, criadas pela actuação de outro sujeito (tutela da confiança). Assim é contrário à boa fé o comportamento que defraude essas legítimas expectativas.

### II – A boa fé no D.L. n.º 446/85, de 25 de Outubro

O artigo 15.º do D.L. n.º 446/85 proíbe cláusulas contratuais gerais – entenda-se cláusulas impostas por uma das partes, sem possibilidade de prévia negociação (1.º n.º 2 D.L. n.º 446/85) – contrárias à boa fé. Quer isto dizer que são proibidas cláusulas cujo conteúdo seja contrário à boa fé.

Não está, aqui, em causa a boa fé subjectiva, pois não se trata de saber se um determinado sujeito tem conhecimento ou não de determinada situação. O que se procura saber é se determinada cláusula é ou não contrária aos valores protegidos pela boa fé. Estamos, portanto, no âmbito da boa fé em sentido objectivo.

Ora, a boa fé objectiva impõe comportamentos, dá origem a normas de conduta, é critério de avaliação de condutas. Porém, o que se pretende avaliar, no âmbito dos contratos por adesão, é o conteúdo das cláusulas.

### **1 – Controlo do conteúdo das cláusulas ou controlo do comportamento do predisponente?**

Assim, parece que a boa fé não é o instrumento adequado para controlar o conteúdo das cláusulas. Ou será que este controlo não se dirige ao conteúdo das cláusulas, mas ao comportamento do contraente utilizador das mesmas?

Quanto a esta última questão a resposta terá de ser negativa.

Basta uma análise sumária das listas de cláusulas proibidas, consagradas no D.L. n.º 446/85, para vermos que elas tratam de conteúdos proibidos e não fazem qualquer referência ao comportamento do contraente que os impõe. A expressão utilizada pela lei é: “São proibidas (...) as cláusulas contratuais (...) que:”; e seguem-se as alíneas que descrevem os conteúdos proibidos (artigos 18.º, 19.º, 21.º e 22.º do D.L. n.º 446/85).

Na verdade, um controlo do comportamento do utilizador de cláusulas impostas não seria o método mais adequado para tratar a problemática dos contratos por adesão.

Vejamos.

O controlo do comportamento do contraente poderia efectuar-se em dois momentos distintos: o primeiro na altura da formação do contrato e o segundo no momento do exercício dos direitos resultantes do contrato.

No primeiro momento estamos no âmbito da responsabilidade pré-contratual, regulada pelo artigo 227.º do Código Civil. Aqui, o comportamento contrário à boa fé gera a obrigação de indemnizar. Não afecta a validade das cláusulas do contrato.

A isto acresce que este instituto exige um comportamento culposo e contrário à boa fé para que surja a obrigação de indemnizar.

Utilizando o instituto da culpa *in contrahendo*, não se obteria a invalidade da cláusula abusiva e mesmo a indemnização pelos danos por ela criados, não só dependeria de se verificar o comportamento contrário à boa fé do utilizador da cláusula, mas também estaria limitada ao interesse contratual negativo<sup>3</sup>.

É manifesto que a responsabilidade pré-contratual não oferece um controlo adequado, nem suficiente para as cláusulas dos contratos por adesão.

No segundo momento, o exercício dos direitos concedidos ao utilizador de cláusulas impostas levaria a um comportamento contrário à boa fé. O exercício de um direito concedido por uma cláusula abusiva resultaria numa violação do princípio da boa fé.

Também neste caso o Código Civil tem preceitos aplicáveis à situação. São eles os artigos 334.º e 762.º n.º 2 do Código Civil.

A aplicação destes dois preceitos levaria, em alguns casos, a uma protecção idêntica à oferecida pelo controlo do conteúdo, desde que houvesse um efectivo exercício do direito conferido por uma cláusula abusiva.

Para já, torna-se claro que estes dois preceitos não serão os adequados quando está em causa o controlo de cláusulas contratuais gerais, no âmbito da acção inibitória. Na verdade, a acção inibitória pode existir relativamente a cláusulas que ainda não fazem parte de nenhum contrato singular em vigor; elas podem ser objecto de acção inibitória num momento prévio à sua efectiva integração em contratos singulares. Ora, neste momento seria impossível que se exercessem direitos emanados dessa cláusula, pois a mesma ainda não integrava nenhum contrato propriamente dito, mas apenas um modelo de contrato.

Os dois preceitos referidos são, ainda, desadequados ao controlo das cláusulas de contratos por adesão de um ponto de vista metodológico. É que eles pressupõem o exercício de um direito existente (válido, validamente constituído). Ora uma cláusula abusiva é injusta, está inquinada na sua validade – é nula ao abrigo do disposto no artigo

---

<sup>3</sup> A maioria da doutrina é desta opinião, embora não se atinja a unanimidade.

12.º do D.L. n.º 446/85 –, pelo que nenhum direito pode nascer dela. No abuso de direito abusa-se de um direito legítimo.

Conclui-se, concordando, com as palavras de Joaquim de Sousa Ribeiro: o que os contratos por adesão “reclamam é a fixação de limites à autonomia privada na conformação do seu conteúdo, restritivos da válida constituição de direitos a favor do utilizador; o que, pelo menos do ponto de vista metodológico, se distingue da determinação das condições em que o titular pode fazer valer uma posição validamente adquirida dentro desses limites”<sup>4</sup>.

Note-se que os preceitos do Código Civil que se acabam de referir podem aplicar-se cumulativamente com os preceitos do D.L. n.º 446/85, aos contratos por adesão.

No caso dos artigos 334.º e 762.º n.º 2 do Código Civil, eles aplicam-se à execução do contrato por adesão.

Se as cláusulas do contrato foram consideradas conformes com a boa fé, por não causarem um significativo desequilíbrio de interesses (momento da avaliação do conteúdo do clausulado), isso não impede que actuem os referidos preceitos do Código Civil (momento da execução do contrato). Se, na verdade, no exercício dos direitos atribuídos pelas cláusulas do contrato por adesão, o titular desses direitos tiver um comportamento contrário à boa fé, o exercício desse direito será ilegítimo.

Também o artigo 227.º do Código Civil se aplica cumulativamente com o D.L. n.º 446/85. E aplicam-se cumulativamente na mesma fase do contrato. O artigo 227.º e o D.L. n.º 446/85 dispõem sobre a fase de formação do contrato, pois este diploma contém normas que se aplicam ao momento da formação do contrato – são as normas relativas a deveres de comunicação, informação e apresentação gráfica das cláusulas no contrato.

Por um lado, mesmo que o predisponente cumpra os deveres consagrados nos artigos 5.º, 6.º e 8.º do D.L. n.º 446/85, se o seu

---

<sup>4</sup> Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Livraria Almedina, 1999, pág. 544.

comportamento for contrário à boa fé noutros aspectos da formação do contrato, ele incorrerá em responsabilidade pré-contratual.

Por outro lado, não tendo sido cumpridos os deveres consagrados nos artigos 5.º, 6.º e 8.º, as cláusulas vão-se considerar excluídas do contrato, nos termos do artigo 8.º. E se se concluir que o não cumprimento desses deveres, no caso concreto, é contrário à boa fé, é aplicável, cumulativamente, o artigo 227.º do Código Civil. Neste caso, juntamente com a exclusão das cláusulas do contrato, o predisponente é obrigado a indemnizar os danos causados – no âmbito do interesse contratual negativo – ao aderente.

Assim chega-se à conclusão que o controlo adequado ao problema dos contratos por adesão é o controlo do conteúdo das cláusulas que eles contêm e não o controlo de qualquer comportamento do utilizador das mesmas.

## 2 – A boa fé no controlo do conteúdo das cláusulas contratuais

São proibidas as cláusulas cujo conteúdo seja contrário à boa fé (artigo 15.º do D.L. n.º 446/85).

No entanto, isto põe um problema. É que a boa fé cria normas de conduta e são as condutas de um sujeito que podem ser contrárias à boa fé e não o conteúdo de uma cláusula contratual.

Sobre isto pronuncia-se Sousa Ribeiro, dizendo que o papel que a boa fé desempenha no âmbito do problema das cláusulas contratuais gerais “não corresponde, na verdade, à sua função originária”, que é fundar “deveres (...) de conduta das partes”<sup>5</sup>.

Oliveira Ascensão é veemente, considerando que a boa fé trata da fixação de comportamentos, pelo que a sua utilização para avaliar o conteúdo de cláusulas abusivas é totalmente desadequada. Expressa-se nestes termos: “uma cláusula geral vastíssima, de conteúdo indefinido, não só não esclarece nada como distorce a perspectiva do tema”<sup>6</sup> e “o

<sup>5</sup> Joaquim de Sousa Ribeiro, obra citada, pág. 542.

<sup>6</sup> José de Oliveira Ascensão, Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 60, II, Abril de 2000, pág. 586.



recurso à boa fé não adianta. Nada esclarece sobre a desproporção, ou o grau de desproporção, que deve existir para que a situação se torne juridicamente intolerável<sup>7</sup>. E ainda: “A referência à boa fé é (...) meramente retórica. Não tem função nenhuma”<sup>8</sup>.

Será, então, que a referência à boa fé, no artigo 15.º do D.L. n.º 446/85, é totalmente desadequada e nada de útil se pode tirar dela?

A boa fé, como cláusula geral que é, é algo de conteúdo muito genérico e indefinido. Neste sentido a boa fé traduzirá ou protegerá os valores fundamentais do sistema jurídico<sup>9</sup>. Esta noção é, na verdade, muito vaga. Nela nada há que imponha que as manifestações da boa fé se traduzam sempre em normas de conduta.

Algumas concretizações normativas da boa fé, no nosso Código Civil, essas sim, traduzem-se em normas de conduta.

Ora, sendo a cláusula geral da boa fé tão vasta, ela não tem necessariamente de fundamentar institutos que criem normas de conduta. A boa fé é mais abrangente, flexível e adaptável do que isso<sup>10/11</sup>. Assim, pode perfeitamente fundamentar critérios para avaliação do conteúdo de cláusulas.

Se a boa fé na sua noção mais básica é demasiado geral e indefinida para se aplicar directamente a situações concretas, e se as suas expressões normativas clássicas tendem a prescrever normas de conduta, então qual será o conceito de boa fé que permita fazer um controlo do conteúdo

---

<sup>7</sup> José de Oliveira Ascensão, artigo citado, pág. 588.

<sup>8</sup> José de Oliveira Ascensão, artigo citado, pág. 589.

<sup>9</sup> Vide António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Tomo I, Livraria Almedina, 2.ª edição, 2000, pág. 228.

<sup>10</sup> E talvez seja por ser flexível e adaptável que a boa fé é adequada ao controlo das cláusulas dos contratos por adesão. Essas características permitem-lhe ser adequada a resolução de questões novas e de rápida evolução, como ainda o é o problema dos contratos por adesão.

<sup>11</sup> Tenha-se presente que o antecedente histórico da boa fé – a *fides romana* – foi o instrumento privilegiado para a flexibilização do Direito Romano. Sobre isto, vide António Menezes Cordeiro, obra citada, págs. 224 e 225.

de cláusulas? O que se deve entender por boa fé no âmbito do D.L. n.º 446/85?

O método para encontrar a resposta a esta pergunta enuncia-se com facilidade: basta interpretar a lei; analisar a sua letra, o seu espírito, o sistema em que se integra, a directiva comunitária sobre a matéria, etc.

Analisemos, portanto, os elementos disponíveis.

O D.L. n.º 446/85 contém uma disposição, sob a epígrafe “concretização”, que pretende concretizar o sentido em que a referência à boa fé é utilizada – artigo 16.º do D.L. n.º 446/85. Uma análise deste preceito revela que ele se refere à tutela da confiança.

Há autores que opinam que o artigo 16.º faz referência a critérios genéricos de interpretação da lei – pelo que é uma referência desnecessária – e a referência à tutela da confiança é genérica e não adequada à problemática das cláusulas abusivas, pelo que a norma é de uma sensível vacuidade<sup>12</sup>.

Porém, o disposto no artigo 16.º pode ser útil para determinar quando é que o conteúdo de uma cláusula pode defraudar as legítimas expectativas do aderente. Tem ainda o mérito de indicar a tutela da confiança como uma concretização da cláusula geral da boa fé que não serve apenas para criar normas de conduta, mas também pode ser um critério para avaliar o conteúdo das cláusulas dos contratos por adesão.

No entanto, a tutela da confiança não é o critério, decorrente da boa fé, que permita avaliar adequadamente se uma cláusula é ou não abusiva. Por um lado porque apenas poderia actuar no caso de cláusulas que traíssem as legítimas expectativas do aderente, sendo inútil quando as cláusulas fossem abusivas por outras razões. Por outro lado, porque a tutela da confiança falha o cerne do problema dos contratos por adesão, pois o que está em causa é a diferença de poder entre as partes, na conformação do clausulado contratual e os prejuízos injustificados (contrários à boa fé) sofridos pelo aderente por causa desta desproporção de poder negocial, e não a protecção da confiança deste.

---

<sup>12</sup> José de Oliveira Ascensão, artigo citado, pág. 589 e 590; Joaquim de Sousa Ribeiro, obra citada, pág. 569.

Portanto, o artigo 16.º do D.L. n.º 446/85 não esclarece a questão de saber qual é o critério decorrente da boa fé que permite avaliar as cláusulas dos contratos por adesão.

Depois desta norma encontramos quatro artigos que contêm elencos (exemplificativos) de cláusulas que são proibidas, isto é, contrárias à boa fé. Uma análise das cláusulas proibidas, que constam destas disposições, pode levar-nos a encontrar o denominador comum entre elas, que as torna proibidas e, a partir dele, descobrir qual o critério de boa fé que é adequado ao controlo do conteúdo de cláusulas não negociadas.

Será, no entanto, mais simples começar por analisar o preâmbulo do D.L. n.º 446/85 e a Directiva sobre cláusulas abusivas.

O artigo 3.º, da Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com o consumidor<sup>13</sup>, diz-nos quando é que se considera abusiva uma cláusula de um contrato por adesão. O n.º 1 deste artigo dispõe que será abusiva aquela cláusula que, apesar “da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor entre os direitos e obrigações das partes”.

De forma idêntica se expressa a alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º da Lei de Defesa do Consumidor.

O preâmbulo do D.L. n.º 446/85, no ponto 6, diz que se procura a “salvaguarda dos interesses da parte negocialmente mais fraca” e é através da boa fé que se determinam as coordenadas para proteger esses interesses.

Atentando, agora, às cláusulas relativamente proibidas, previstas nos artigos 19.º e 22.º do D.L. n.º 446/85; também aqui se tem de

---

<sup>13</sup> O D.L. n.º 446/85 consagrava, já na sua versão originária, uma protecção do aderente mais exigente do que a estabelecida na Directiva 93/13/CEE; no entanto, ainda assim, não cumpria totalmente determinados aspectos desta directiva, nomeadamente no âmbito de aplicação objectivo, pelo que foi necessário alterá-lo, através dos D.L. n.ºs 220/95 e 249/99, de modo a cumprir as exigências da directiva. A própria Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96) reflecte esta preocupação – artigo 9, n.º 2 alínea b) e n.º 3.

concluir que o critério comum a todas as cláusulas elencadas nestes preceitos é o desequilíbrio de interesses em prejuízo do aderente. Expressões como “excessivos”, “desproporcionadas”, “insuficientes”, “injustificadamente”, “exageradas” revelam que o que se está a proibir é um desequilíbrio. Um desequilíbrio de interesses em detrimento do aderente.

Também nas cláusulas absolutamente proibidas, previstas nos artigos 18.º e 21.º – onde se destacam cláusulas que afastam a responsabilidade resultante de incumprimento culposo ou que consagram a possibilidade de o utilizador das cláusulas as alterar unilateralmente – se conclui que está em causa um desequilíbrio de interesses em desfavor do aderente.

A conclusão necessária é que a boa fé, prevista no D.L. n.º 446/85, se refere a um equilíbrio de interesses dentro do contrato por adesão. Será contrária à boa fé a cláusula cujo conteúdo provoque um desequilíbrio de interesses, prejudicando o aderente.

O facto de a directiva 93/13/CEE referir expressamente que o critério de avaliação de cláusulas abusivas é o desequilíbrio significativo de interesses impõe que se interprete o D.L. n.º 446/85 em conformidade com este critério, mesmo que o preâmbulo e os elencos de cláusulas deste Decreto-Lei não reforçassem já – como efectivamente reforçam – essa interpretação. É o que impõe o princípio da interpretação conforme do Direito Comunitário<sup>14</sup>.

Como se justifica este critério?

É natural que tenha sido este o critério escolhido para tratar esta questão.

O problema dos contratos por adesão reside no facto de uma das partes ter o poder de definir e impor as cláusulas que compõem o contrato, restando à contraparte a “liberdade” de aderir a elas ou não. Há, portanto, um desequilíbrio de poder entre as partes do contrato.

Existe o grave risco de o contraente em superioridade aproveitar a sua posição para acautelar os seus interesses e não atender aos

---

<sup>14</sup> Sobre o princípio da interpretação conforme *vide* Miguel Gorjão-Henriques, *Direito Comunitário*, Livraria Almedina, 2.ª edição, 2003, págs. 216 e 217.

interesses do aderente, criando, assim, um desequilíbrio de interesses, ou seja, o critério que a directiva e o D.L. n.º 446/85 indicam para avaliar o conteúdo das cláusulas abusivas. A lei proíbe este desequilíbrio, declarando nula a cláusula que o provoque.

Assim, impõe-se a quem predispõe as cláusulas, que tenha em conta os interesses do aderente e crie um clausulado equilibrado ao nível dos interesses das partes. De outro modo verá o clausulado, por ele criado, declarado nulo no todo ou em parte. Impõe-se, ao utilizador das cláusulas, o ónus de ter em conta os interesses do aderente, como contrapartida do poder de que usufrui na definição do conteúdo do contrato.

É justo que se imponha este ónus à parte que tem as vantagens de definir o conteúdo das cláusulas e, no caso das cláusulas contratuais gerais, todos os benefícios que os profissionais retiram da utilização deste tipo de cláusulas (*ubi commoda, ibi incommoda*).

A Directiva fala de “desequilíbrio **significativo**” (artigo 3.º n.º 1).

No Código Civil, preceitos que consagram a boa fé utilizam expressões como “exceda **manifestamente**” a boa fé (334.º do Código Civil) ou “afecte **gravemente** os princípios da boa fé” (437.º do Código Civil).

Grave, manifesto, significativo. Estas palavras revelam que a desproporção deve ser grande, chocante para a boa fé. Por outras palavras, não basta a mera (ínfima) desproporção.

No entanto, o que é uma ofensa grave ou significativa dos princípios de boa fé no âmbito dos contratos por adesão, pode não o ser no âmbito dos preceitos do Código Civil referidos. É que estes preceitos pressupõem que as partes têm um poder negocial idêntico. Já nos contratos por adesão existe, tipicamente, um desequilíbrio de poder entre as partes. E se o contrato por adesão for celebrado com consumidores, existe ainda um outro desequilíbrio típico: o do consumidor que está em situação de inferioridade perante o profissional.

A expressão “desequilíbrio significativo”, contida no n.º 1 do artigo 3.º da Directiva sobre cláusulas abusivas, significa, desde logo, que, para que se viole a boa fé, não basta o mero desequilíbrio de interesses em detrimento do aderente; é necessário que o desequilíbrio

seja mais do que isso. Porém, não terá de existir uma desproporção tão significativa como aquela que se exige nas normas do Código Civil.

Quando é que o desequilíbrio de interesses viola a boa fé? Isto é, quando é que há um desequilíbrio significativo?

A resposta final terá de ser dada pelo julgador do caso concreto e a jurisprudência terá de revelar um caminho mais seguro para concretizar o conceito.

Porém, podem dar-se algumas pistas.

Almeno de Sá expressa-se do seguinte modo: “a supressão de um interesse da contraparte só poderá (...) justificar-se se se lhe contrapuser um interesse do proponente de valor superior ou, pelo menos, de valor igual, ou se a eliminação daquele for compensada pela concessão de vantagens de valor similar”<sup>15/16</sup>.

Já se disse que para haver desequilíbrio significativo não basta um mero desequilíbrio de interesses. Será necessário que não seja acautelado um interesse relevante do aderente. Não existirá desequilíbrio significativo se, ao interesse relevante do aderente, se contraponha um interesse do predisponente de valor superior ou se compense pela atribuição, ao aderente, de vantagens de valor similar. Deste modo se justificará a não protecção daquele interesse<sup>17</sup>.

Para identificar quais serão os interesses relevantes do aderente e para fazer a valoração dos diversos interesses em jogo têm utilidade o

---

<sup>15</sup> Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, Livraria Almedina, 2.ª edição, 2001, pág. 262.

<sup>16</sup> Não se concorda totalmente com as palavras de Almeno de Sá, na medida em que se o predisponente pretender acautelar um seu interesse em detrimento de um interesse de valor idêntico do aderente, a cláusula será nula, pois é o interesse do aderente que deve prevalecer neste caso, atendendo a que é ele a parte mais fraca.

<sup>17</sup> Diz Sousa Ribeiro: “o que se julga (...) é da razoabilidade (...) de estipulações que, em favorecimento de uma das partes, se afastam do que corresponderia a uma equilibrada repartição de direitos e deveres. Portanto, haverá desequilíbrio significativo quando as estipulações são desrazoáveis, por não existirem “razões plausíveis (...) que justifiquem os termos clausulados”. *Obra citada*, pág. 560.

artigo 16.º do D.L. n.º 446/85 e o artigo 4.º da Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas.

O n.º 1 do artigo 4.º da Directiva sobre cláusulas abusivas refere que o carácter abusivo das cláusulas poderá ser avaliado em função da natureza dos bens ou serviços objecto do contrato, das circunstâncias da formação e utilização deste e de todas as outras cláusulas que o compõem.

A alínea a) do artigo 16.º do D.L. n.º 446/85 sugere que as expectativas suscitadas, no aderente, pelo sentido global das cláusulas; o teor e o processo de formação do contrato, constituem interesses relevantes do aderente. Interesses estes que deverão ser devidamente acautelados pelo conteúdo das cláusulas, de modo a que não venham a ser defraudadas essas mesmas expectativas.

Também será um interesse relevante a concretização do objectivo característico do tipo contratual utilizado. (16.º alínea b)).

São interesses relevantes do aderente-consumidor aqueles que se integram no núcleo fundamental da protecção do consumidor. A este propósito é útil referir que no ponto 6 do preâmbulo do D.L. n.º 446/85 se diz que, para além da boa fé, “o apelo ao conceito de ordem pública é um outro alicerce”.

Assim, se uma cláusula puser em causa interesses, do aderente-consumidor, consagrados no artigo 60.º da Constituição, existe um desequilíbrio significativo em detrimento do aderente, provocado por aquela cláusula. Do mesmo modo são interesses relevantes os que resultam do artigo 3.º da Lei de Defesa do Consumidor, em especial das alíneas a), b), d), e), f) e g).

Das próprias listas exemplificativas de cláusulas proibidas, constantes dos artigos 18.º, 19.º, 21.º e 22.º do D.L. n.º 446/85, se pode deduzir quais serão os interesses relevantes do aderente, cuja desprotecção gerará um desequilíbrio significativo de interesses.

Para além destas pistas, dadas pelo ordenamento jurídico, o julgador terá de analisar o contrato e as outras circunstâncias da situação em concreto, em ordem a identificar interesses relevantes do aderente, que, ao serem desatendidos pelo conteúdo da cláusula ou cláusulas do contrato, revelam a existência de um significativo desequilíbrio de interesses, em detrimento do aderente.

## CONCLUSÃO

A ideia de desproporção ou desequilíbrio é algo contrário à boa fé. Esta é a cláusula geral adequada para impedir – proibindo – essa desproporção ou desequilíbrio.

É a desproporção de poderes entre as partes do contrato por adesão – que potencia o típico desequilíbrio de interesses, em detrimento do aderente – que se evidencia no conteúdo das cláusulas contratuais. Assim, o que se avalia no conteúdo destas cláusulas é se elas provocam ou não um desequilíbrio de interesses. É este o critério imposto pela Directiva sobre cláusulas abusivas, que é expresso pelo preâmbulo do D.L. n.º 446/85 e na alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º da Lei de Defesa do Consumidor e que resulta da análise das listas de cláusulas proibidas que constam do D.L. n.º 446/85.

Este é um critério adequado para a avaliação do conteúdo de cláusulas contratuais. E é o conteúdo das cláusulas que se vai avaliar no problema específico dos contratos por adesão. Os comportamentos, no âmbito dos contratos por adesão, são regulados pelas normas gerais do Código Civil, nomeadamente os artigos 227.º e 334.º.

Ao avaliar o conteúdo das cláusulas, não importa o comportamento do predisponente. Mesmo que o comportamento não tenha sido culposo ou contrário à boa fé, o conteúdo das cláusulas que provoque desequilíbrio de interesses em prejuízo do aderente, torna-as nulas, porque contrárias à boa fé.

É ao juiz que compete determinar se o conteúdo de uma ou mais cláusulas provoca um desequilíbrio significativo de interesses em detrimento do aderente. Não pode o juiz limitar-se a tentar integrar a situação numa das alíneas das listas de cláusulas proibidas. Se isto não for possível, terá que avaliar as cláusulas para verificar se existe um desequilíbrio significativo de interesses.

É importante que o julgador não fique preso às listas de cláusulas proibidas contidas na lei, antes procure avaliar o conteúdo das cláusulas, de modo a despistar um eventual desequilíbrio de interesses. Só deste modo é que se poderão explorar todas as potencialidades do D.L. n.º 446/85 para a protecção dos aderentes de contratos por adesão e, em especial, do aderente-consumidor.



**Bibliografia**

- AFONSO, Isabel; Cláusulas Contratuais Gerais, *in* Estudos de Direito do Consumidor, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 1, 1999, págs. 465 a 478.
- ALMENO DE SÁ; Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas, Livraria Almedina, 2.ª edição, 2001.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; Direito Comunitário, Livraria Almedina, 2.ª edição, 2003.
- MENEZES CORDEIRO, António; Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Tomo I, Livraria Almedina, 2.ª edição, 2000.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, José; Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé, *in* Revista da Ordem dos Advogados, ano 60, II, Abril de 2000, págs. 573 a 595.
- PINTO MONTEIRO, António; O Novo Regime Jurídico dos Contrato de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais, *in* Revista da Ordem dos Advogados, ano 62, I, Janeiro de 2002, págs. 111 a 142.
- SOUSA RIBEIRO, Joaquim; O Problema do Contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual, Livraria Almedina, 1999.

# A RESPONSABILIDADE DECORRENTE DA VEICULAÇÃO DA PEÇA PUBLICITÁRIA\*

SAMY GARSON

Advogado

## 1. INTRODUÇÃO

No presente estudo abordaremos a responsabilidade decorrente da chamada actividade publicitária decorrente da veiculação de peças publicitárias.

A actividade publicitária, segundo o escólio de Paulo Mota Pinto<sup>1</sup>, “é o conjunto organizado e harmonizado de processos de comunicação que rodeiam a publicidade, bem como as relações que se estabelecem para organizar a comunicação publicitária”.

O artigo 4, n.º1 do Código da Publicidade português, aprovado pelo Decreto-Lei n. 330/90, de 23 de outubro, dispõe que a actividade publicitária “é o conjunto de operações relacionadas com a difusão de uma mensagem publicitária junto dos seus destinatários, bem como as

---

\* Trabalho apresentado na disciplina Direito da Publicidade, do VI Curso de Pós-Graduação em direito do consumidor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, como parte das exigências para obtenção do título de especialista.

<sup>1</sup> *in* Direito da Publicidade – apontamentos das aulas do ano lectivo 1999/2000. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 11, 1999.

relações jurídicas e técnicas daí emergentes entre anunciantes, profissionais, agências de publicidade e entidades que explorem os suportes publicitários ou que exerçam a actividade publicitária”.

Assim, podemos afirmar que tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no português não houve uma limitação dos diversos sujeitos publicitários envolvidos nas etapas de criação, montagem e veiculação da publicidade, motivo pelo qual, pretendemos, no presente estudo relacionado com a responsabilidade civil perante os destinatários da publicidade, dar ênfase aos agentes dos quais eventualmente possa-se vislumbrar o dever de indenizar os destinatários da mensagem. Portanto, neste estudo deixaremos de analisar as actividades do produtor do filme, da pessoa que empresta a voz para a interpretação de uma personagem, entre outras pessoas que participem da produção publicitária, pois, a nosso ver, embora contribuam para a concretização da peça publicitária, tal contribuição não é relevante para a caracterização da responsabilidade civil.

Por outro lado, pensamos ser de valia a abordagem da eventual responsabilidade das celebridades e dos especialistas em decorrência da participação nas mensagens publicitárias, na condição de garante do produto ou serviço anunciado.

Dessa forma, para divisarmos a responsabilidade decorrente da criação e da veiculação da peça publicitária, preliminarmente analisaremos o grau de participação de cada agente para a execução da mensagem publicitária e a influência que tal participação terá sobre o destinatário (consumidor e/ou profissional) da publicidade.

É que, ao contrário do que muitos pensam, o planejamento de uma propaganda – seja uma campanha completa, ou um simples anúncio ou um comercial – não começa nas agências de propaganda que são contratadas. Começa muito antes, quando o empresário elabora o seu projeto de *marketing*, posto que, a propaganda como parte integrante do *marketing*, deve ser considerada uma de suas ferramentas. Uma boa estratégia de *marketing* não garante que a propaganda será boa, todavia, é condição essencial para que isso aconteça, da mesma forma que uma boa fundação é indispensável para que o prédio seja seguro.

Assim, é com base no objetivo que lhe foi confiado pelo anunciante que o profissional publicitário ou a agência de propaganda preparará

uma campanha publicitária apropriada. É de se ressaltar que para oferecer à agência ou ao profissional publicitário todas as condições para fazer um bom trabalho, o anunciante deverá fornecer um *briefing*, ou seja, as informações sobre o produto ou o serviço, o mercado e a concorrência, como também quais são especificamente os objetivos de *marketing* e quais os objetivos da futura campanha publicitária. A partir daí, caberá à agência criar a campanha e recomendar a estratégia de veiculação, também chamada estratégia de mídia, a partir da elaboração de um documento conhecido por “plano de propaganda”, que uma vez elaborado será submetido à apreciação do anunciante para a sua aprovação.

No que concerne à estratégia de mídia por parte da agência de publicidade, a mesma se referirá ao veículo de comunicação a ser utilizado para a veiculação da mensagem publicitária, surgindo, a partir deste momento, se o caso ensejar, a atuação das chamadas centrais de compra e procura de espaço e tempo, que entre outras funções viabiliza financeiramente a distribuição do direito de utilização de espaço e tempo nos veículos de mídia.

Dessa forma, a partir da decisão do anunciante acerca do plano de mídia, abre-se espaço para a criação propriamente dita, quando se exercerá a criatividade publicitária por parte do profissional ou da agência de publicidade, supostamente limitada àquilo que foi determinado entre o anunciante e o próprio profissional ou a agência de propaganda.

Encerrada a criação abre-se espaço para a produção da criação publicitária, que poderá se apresentar por meio de desenho, fotolito ou rotofilme, dependendo do meio de comunicação aprovado pelo anunciante.

Segundo extensa pesquisa sobre hábitos de consumo de mídia na cidade de São Paulo, realizada entre agosto de setembro de 1993, o IBOPE revelou que a televisão é o meio preferido para 83% da população consumir publicidade, sendo que nesse quesito, onde mais de um item podia ser assinalado, jornais e revistas receberam, respectivamente, 18% e 17% das menções.

Entre as fontes de informação dos entrevistados brasileiros, a TV tem 94% das indicações totais, em segundo lugar aparece a leitura de jornais (52%), e rádio e revistas vêm depois, com 46% e 7%, respecti-

vamente, sendo que a passos largos a comunicação eletrônica, via Internet, vem ocupando um espaço importante entre os veículos de comunicação.

Portanto, pode-se concluir que a televisão, devido a sua abrangência no mercado de consumo, constitui-se no principal veículo de mídia, o que não retira dos demais a importância como meio de divulgação, dependendo do foco da publicidade.

Além disso, esclarece Paulo Jorge Scartezini Guimarães que não há dúvida, por exemplo, de que a publicidade de um produto ou serviço terá os seus objetivos de *marketing* atingidos mais facilmente se ela for veiculada pela Rede Globo (de abrangência nacional) em vez de, por exemplo, pela Rede Mulher (de abrangência regional)<sup>2</sup>, ou por uma revista conhecida no mercado em comparação com outra desconhecida. Aqui, o que se deve analisar é se isso ocorre porque atingem os primeiros meios de comunicação um número maior de telespectadores/leitores, que proporcionalmente adquirirão mais o produto ou o serviço, ou porque, de fato, os consumidores crêem mais nos anúncios por eles apresentados. Em outras palavras, será que o consumidor tende a adquirir um produto ou serviço porque ele é veiculado em determinada emissora ou revista?<sup>3</sup>

Segundo Marcos Cobra, diversos estudos indicam que uma fonte de alta credibilidade é mais persuasiva do que uma fonte de baixa credibilidade, reputando-se a primeira aquela cujo conceito, respeito e admiração pelo público receptor é elevado.<sup>4</sup>

Em que pese a constatação supra, devemos ter sempre em mente que o veículo utilizado trata-se de um dos elementos da campanha publicitária, não se tratando exclusivamente do único responsável pelo seu sucesso. Justamente por isso existe também enorme dificuldade em se medir o eventual grau de culpa do veículo de comunicação em

---

<sup>2</sup> Segundo consta de pesquisa divulgada pela Mídia Dados 1998, a participação da audiência brasileira das redes era de: Globo, 48%; SBT, 31%; Bandeirantes, 7%; Record, 5%; outras 9%.

<sup>3</sup> A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 149.

<sup>4</sup> O Impacto da Propaganda. São Paulo: Editora Atlas, 1991, p. 45.

virtude da veiculação de uma peça publicitária ilícita, o que somente poderá ser realizado caso-a-caso.

No entanto, no presente momento o que deve restar sublinhado é a complexidade das etapas de elaboração da campanha publicitária e os agentes envolvidos na mesma, para que, futuramente, se o caso ensejar, seja devidamente divisada a responsabilidade de cada qual perante os destinatários, os órgãos fiscalizadores, os concorrentes, bem como diante dos demais entes envolvidos na campanha publicitária.

Entendemos ser de suma importância a participação do profissional do direito em todas as etapas da elaboração de uma campanha publicitária, visto que, no mais das vezes o que ocorre é que desde a contratação da agência de publicidade até a entrega e aprovação do plano de campanha, todos os acordos são feitos de forma verbal, o que causa enorme dificuldade para se aferir o grau de responsabilidade de cada uma das partes na ocorrência de qualquer dano ou desentendimento acerca daquilo que foi acordado e posteriormente veiculado aos destinatários.

Não é por outro motivo que o artigo 28 do Código da Publicidade português, inserido na secção II, do capítulo IV, respeitante às relações entre sujeitos da actividade publicitária e sob a epígrafe “respeito pelos fins contratuais”, proíbe a utilização, para fins contratuais diversos dos acordados pelas partes, de qualquer idéia, informação ou material publicitário, quando estes forem cedidos apenas para a concepção, criação, produção, planificação e distribuição publicitária, isto é, para uma actividade publicitária.<sup>5</sup>

Por conseguinte, a partir da doutrina mais abalizada, do entendimento jurisprudencial e do direito comprado, tentaremos, ao final do nosso estudo, oferecer os elementos necessários para o reconhecimento da responsabilidade civil, se houver, dos agentes da actividade publicitária.

---

<sup>5</sup> Chaves, Rui Moreira. Código da Publicidade Anotado. Coimbra: Almedina, 1996, p. 24.

## **2. Elementos para a constatação da responsabilidade civil e do dever de indenizar**

### **2.1. No Brasil**

No ordenamento jurídico brasileiro, a lei não obriga o anunciante a informar (*stricto sensu*) através de mensagens publicitárias, motivo pelo qual, no direito brasileiro a publicidade é um direito exercitável à conta e risco do anunciante. Dessa forma, aquele que resolve fazer uso da publicidade traz para si, de imediato, a obrigação de respeitar os princípios e a legislação aplicáveis à veiculação da propaganda.<sup>6</sup>

Como regra, no Brasil, o anunciante, ou a quem o anúncio aproveita, responde no plano cível objetivamente pelos desvios da publicidade enganosa ou abusiva.

Nessa senda, o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, inspirado na Diretiva n.º 84/450, da CEE, que dispõe que “sempre que o anunciante fizer uma afirmação factual, o ônus da prova de que sua informação é correta fica a seu encargo (art. 6)”, adotou o princípio da inversão do ônus da prova. Portanto, quem patrocina a publicidade deverá sempre provar a veracidade e a correção (não abusividade, da identificação da mensagem publicitária e da transparência da fundamentação publicitária).

Depreende-se disso que no sistema instituído no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, por se tratar de norma de ordem pública, ao consumidor foi oferecido um sistema especial de proteção ao direito de não ser enganado. Entretanto, tal sistema, destinado aos consumidores, em tese, não socorrerá os profissionais e os concorrentes, restando aos mesmos a via comum da responsabilidade civil para impor ao sujeito da atividade publicitária a responsabilidade decorrente da publicidade ilícita.

---

<sup>6</sup> Conforme lecionado por Paulo Mota Pinto durante palestra realizada em 06 de fevereiro de 2004 na disciplina “Direito da Publicidade”, do VI Curso de Direito do Consumo da Faculdade de Direito de Coimbra, embora os artigos 7 e 8 da Lei do Consumidor de Portugal preceituem o direito à informação do consumidor, a publicidade não tem o condão informativo direto, mas pode ocorrer a informação indireta.

Compartilhando das lições de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, no sistema destinado ao consumidor brasileiro, ao contrário do que sucederá no caso de a ofensa recair sobre o profissional, não se exige a prova de enganiosidade real, bastando a mera enganiosidade potencial (capacidade de indução ao erro); é irrelevante a boa fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganiosidade, para fins preventivos e reparatórios, é apreciada objetivamente; alegações ambíguas, parcialmente verdadeiras ou até literalmente verdadeiras podem ser enganiosas; o silêncio – como ausência de informação positiva – pode ser enganioso; uma prática pode ser considerada normal e corriqueira para um determinado grupo de fornecedores e, nem por isso, deixar de ser enganiosa; o *standart* de enganiosidade não é fixo, variando de categoria a categoria de consumidores (por exemplo, crianças, idosos, doentes, rurícolas e indígenas são particularmente protegidos).<sup>7</sup>

Apesar de o Código de Defesa do Consumidor brasileiro só ter tratado de forma expressa da responsabilidade civil em relação aos defeitos e aos vícios nos produtos e serviços (seções II e III do Capítulo IV do Título I), esse instituto se aplica a todas as demais situações existentes, tanto por infração contratual quanto extracontratual decorrente da relação de consumo.<sup>8</sup>

Nas precisas palavras de Paulo Luiz Neto Lobo, “a responsabilidade nasce tão somente do exercício normal do direito, mas também da liberdade e do exercício normal de sua atividade, quando provoca consequências desvantajosas para outrem (o consumidor)”.<sup>9</sup>

O parágrafo 4.º do artigo 37 e o artigo 45, que foram vetados no Código de Defesa do Consumidor, previam a indenização do consumidor quando sofresse danos em decorrência de publicidade enganosa ou abusiva. Todavia, não trouxeram esses vetos qualquer prejuízo, já que

---

<sup>7</sup> in Código Brasileiro de Direito do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. São Paulo: Forense Universitária, 7.ª edição, 2001, p. 288.

<sup>8</sup> Nery, Nelson. “Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor”. in Revista de Direito do Consumidor, n.º 1, São Paulo: RT, p. 200.

<sup>9</sup> Responsabilidade por vícios nas relações de consumo. in Revista de Direito do Consumidor, n.º 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 36.



o direito à indenização está assegurado no artigo 6.º, inciso VI, do mesmo diploma, que cuida dos direitos básicos do consumidor, e pelos próprios princípios inseridos na Constituição brasileira.

No escólio do jurista brasileiro Carlos Alberto Bittar, “instrumentos vários de reação constam no Código, permitindo-se ampla satisfação de interesses, individuais e coletivos, lesados por ações ou por omissões contrárias ao seu espírito e que repercutam, negativamente, no mundo fático, como na publicidade ocorre com anúncios de curas miraculosas, de promessas mirabolantes, de insinuações ou de dissimulações dolosas, atentados à moral e aos bons costumes, em filmes ou em outras peças publicitárias”.<sup>10</sup>

Ao tratarmos do dano e do nexó de causalidade como elementos fundamentais para a questão da responsabilidade civil, pois somente com a presença dos mesmos é que se poderá falar em obrigação de reparação, no caso dos danos oriundos da publicidade ilícita veiculada, preliminarmente necessitamos divisar que os prejuízos podem ser ocasionados à coletividade consumidora ou ao indivíduo, como também os prejuízos podem ser ocasionados aos bens patrimoniais ou extrapatrimoniais ou a ambos, dependendo do tipo de publicidade ilícita veiculada. Portanto, nesse aspecto dos danos coletivos, depreendemos que as ações porventura adotadas para resguardar a coletividade consumidora indiretamente também poderão resguardar interesses dos profissionais e das empresas, como no caso da contrapropaganda.

É importante salientar que, em se tratando da publicidade voltada para o fim precípua de se dar visibilidade a um produto ou serviço numa sociedade de consumo de massa, que efetivamente pode atingir negativamente um grupo determinável ou não de pessoas, torna-se perfeitamente adequado o acolhimento legal da proteção aos danos morais coletivos, conforme previsto no art. 6.º, VI, do Código de Defesa do Consumidor, respaldado no art. 5.º, V, da Constituição da República do Brasil.

---

<sup>10</sup> O controle da publicidade: sancionamento e mensagens enganosas e abusivas. in *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 4, São Paulo: RT, p. 127.

Conforme o escólio de Carlos Alberto Bittar, esse dano pode ser ressarcido em dinheiro, como pode também ser amenizado ou reparado pela obrigação de contrapropaganda.<sup>11</sup>

Quanto à fixação do valor indenizatório do dano moral, individual ou coletivo, no Brasil não há um critério legal, todavia, de acordo com Maria Luiza de Sabóia Campos, devem se “utilizar critérios e parâmetros existentes na realidade econômica e na expectativa de lucro projetado no plano estratégico da própria campanha publicitária que carrega em si a ilicitude, a enganiosidade ou a abusividade”, ainda, deverá ter em consideração a valoração subjetiva da gravidade e a extensão do dano aplicada em percentuais ou em múltiplos, tendo por base o cálculo da verba publicitária, o denominado *budget*.<sup>12</sup>

Em se tratando de condenação por dano moral coletivo, o valor a ser pago a título de indenização, nos termos do art. 13 da Lei Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), terá como destino um Fundo, gerido por Conselhos Federais e Estaduais, podendo, também o numerário ser destinado à eventual contrapropaganda, isso nos termos do art. 2.º da Lei estadual 6.536/89 e do art. 1.º do Decreto 1.306/94.

Na ocorrência de um dano patrimonial coletivo, a presunção de dano deixa de existir, cabendo às vítimas o ônus da prova, cabendo a propositura de uma ação coletiva com fulcro no art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor.

No que concerne à reparação dos danos morais no âmbito individual, não podemos olvidar a regra de que o dano para que seja ressarcível deve ser certo e determinado.

Dessa forma, a simples potencialidade de dano não pode ser reparada como dano moral. É o que ocorre, por exemplo, no caso da veiculação de uma publicidade enganosa, vez que somente poderá ser passível de reparação o indivíduo que concretamente praticou algum ato induzido a erro.

Como exceção à regra, podemos destacar o caso da frustração de uma expectativa do consumidor com o bem ou serviço divulgado, que

---

<sup>11</sup> Defesa do consumidor: a reparação de danos morais em relações de consumo. Revista de Direito do Consumidor, n.º 22, São Paulo: RT, p. 33.

<sup>12</sup> Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, pp. 261-262.

lhe traria benefício qualquer, constatando-se, em seguida, que esse produto não foi colocado no mercado ou que não possui as qualidades indicadas.

Por outro lado, havendo a aquisição ou o uso do produto ou serviço em face de uma publicidade enganosa, poderá tanto ocorrer o dano patrimonial como o moral.

No que tange à publicidade abusiva, poder-se-á falar em dano moral individual, visto que ela, por suas peculiaridades, viola os direitos básicos do ser humano, cabendo ao consumidor demonstrar que a violação da ordem pública, dos valores éticos, morais etc., não está apenas em sua opinião isolada, mas na maioria da comunidade. No que se refere aos danos de natureza patrimonial, somente em casos de discriminação, em que eventualmente a pessoa sofresse algum prejuízo financeiro (perda de receita ou posto de trabalho) por conta da disseminação da discriminação é que poderíamos relacionar a publicidade abusiva com o dano patrimonial e eventuais lucros cessantes.

O nexo de causalidade para a aferição do dever de indenizar em virtude da veiculação da publicidade ilícita decorre justamente dos artigos 36 e 37 do Código de Defesa do Consumidor, juntamente com os princípios que norteiam a publicidade, que prevêm que todos aqueles que participam de uma relação de consumo têm de agir de forma honesta e transparente, visando com isso à prevenção de danos aos consumidores, sendo certo que quem agir, consciente ou inconscientemente, contrariamente ao texto legal estará obrigado a indenizar.

Nessa senda, no sistema da defesa do consumidor brasileiro não há dúvida sobre a responsabilidade objetiva do anunciante em relação à publicidade ilícita, porém a questão que nesse momento se coloca é a de saber se somente tal pessoa responderá perante o consumidor.

Para o desenvolvimento do raciocínio aqui trazido é necessário ter em mente que, “quanto mais consciente cada indivíduo for de que ele é diretamente responsável pelos seus atos, e indiretamente pela qualidade de vida da coletividade a que pertença, maior será a evolução social, cultural, econômica e jurídica que a civilização irá alcançar”.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Maria Luiza de Sabóia Campos. Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 284.

Como bem nos ensina Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, no direito brasileiro não existe norma expressa sobre o assunto, porém tal fato não significa que eventuais co-participantes da criação e da veiculação da publicidade não sejam por ela civilmente responsáveis.<sup>14</sup>

E não poderia ser diferente face ao que dispõe o parágrafo único do artigo 7 do Código de Defesa do consumidor brasileiro, que dispõe que “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Além disso, o parágrafo primeiro do artigo 25 do mesmo diploma brasileiro preceitua que “havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores”.

O Código de Ética Publicitária brasileiro prevê em seu art. 3.º que em “todo anúncio deve ter presente a responsabilidade do anunciante, da agência de publicidade e do veículo de divulgação junto ao consumidor”. Em capítulo próprio (das responsabilidades) diz o Código que serão responsáveis pela observância dessas normas o anunciante, a agência e o suporte de comunicação, nos termos ali definidos (art. 45). Vê-se, pois, que essa “norma”, apesar de não ter como característica a sua obrigatoriedade, reconhece a importância de tais “pessoas” na elaboração da publicidade, bem como a sua influência sobre o consumidor.

Cláudia Lima Marques<sup>15</sup> e Luiz Antonio Rizzato Nunes negam a responsabilidade civil dessas pessoas, afirmando o último que o “meio” não tem a obrigação de controlar o teor dos anúncios que veicula e que as agências apenas criam a publicidade, que posteriormente é aprovada pelo anunciante.<sup>16</sup>

No mesmo sentido Zelmo Denari, afirma, todavia, que na esfera criminal as demais pessoas poderão ser punidas, sem ingressarmos na

---

<sup>14</sup> A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p.146.

<sup>15</sup> Contratos no código de defesa do consumidor. São Paulo: RT, 1999, 3.ª edição, p. 351.

<sup>16</sup> A publicidade e o direito do consumidor. *Justitia*, n. 160.

necessária responsabilização civil em decorrência da condenação criminal.<sup>17</sup>

Maria Luiza de Sabóia Campos e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, defendem a responsabilização aquiliana prevista no Código Civil e não a responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, todavia, com a possibilidade de inversão do ônus da prova.

Maria Elisabete Vilaça Lopes, Newton de Lucca e Roberto Senise entendem que a agência, por ser a criadora da publicidade, também é responsável por ela. Porém, no que toca aos meios de comunicação, por questão de dificuldade na verificação da enganiosidade da publicidade, a primeira autora entende que só responderiam se eles tivessem agido com dolo ou culpa grave.<sup>18</sup>

O Código de Defesa do Consumidor, em vários dispositivos, demonstra que o objetivo da norma é proteger aquele que está na relação jurídica em posição de vulnerabilidade, estabelecendo um equilíbrio e evitando para este a ocorrência de danos. Para tanto, dá ênfase aos deveres acessórios das obrigações, principalmente os da lealdade e confiança.

Assim, a norma se dirige não só ao fornecedor, mas a todos aqueles que – juntamente com o fornecedor e que de qualquer forma têm um benefício – poderão causar danos aos consumidores.

Segundo Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, isso é tão claro que, ao disciplinar a reparação, os artigos 7.º parágrafo único, e 25, parágrafo 1.º, preceituam que, havendo mais de um causador do dano, todos eles responderão solidariamente. Nesses dispositivos, inclusive, é prevista a responsabilidade solidária de qualquer pessoa que participe na causação do dano e não apenas a dos fornecedores, como consta nos artigos 18 e 19, caput, por exemplo.

---

<sup>17</sup> A comunicação social perante o CDC. *In* Revista de Direito do Consumidor 4/133.

<sup>18</sup> Maria Elisabete Vilaça Lopes. "O consumidor e a publicidade". *In* Revista de direito do Consumidor, n.º 1, São Paulo: RT, p. 149. Newton de Lucca. *Direito do consumidor. Aspectos práticos – Perguntas e respostas*. São Paulo: RT, 1995. Roberto Senise Lisboa. *Contratos Difusos e Coletivos*. São Paulo: RT, 1997, p. 317.

Compartilhando do entendimento do citado autor, entendemos que de acordo com a legislação brasileira, ao magistrado, face ao caso concreto, bastará tão-somente verificar se o dano (seja patrimonial ou moral, individual ou coletivo) teve como causa ou concausa a conduta comissiva ou omissiva da pessoa que se pretende responsabilizar, eis que somente cabe indagar se outras pessoas, além do anunciante, tiveram ou não qualquer participação no evento danoso, influenciando o comportamento do consumidor.

No que diz respeito ao direito de regresso a ser exercido por parte do anunciante perante os demais entes envolvidos na atividade publicitária, este deverá ser exercido posteriormente, pelas vias ordinárias da responsabilidade civil, pois no direito brasileiro, em questões envolvendo a publicidade, o mesmo é autônomo.

Ressalva-se, por oportuno, que caso a publicidade veiculada repercuta negativamente entre não consumidores, bem como face os concorrentes, aplicar-se-ão ao caso as regras comuns atinentes à responsabilidade civil, cabendo ao ofendido comprovar o nexo de causalidade, notadamente, no que pertine à culpa do anunciante e eventualmente dos demais sujeitos da actividade publicitária, que poderão se valer de todos os meios de prova em direito admitidos para demonstrar a inexistência de culpa.

Por derradeiro deve-se ressaltar que na ocorrência de um equívoco publicitário persistirá

## 2.2. Em Portugal

Diversamente do que sucede no direito brasileiro, em Portugal não houve a diferenciação da responsabilidade decorrente da veiculação da publicidade no caso de repercussão negativa aos consumidores ou aos profissionais, pois veremos que na letra “d” do artigo 5 do chamado Código da Publicidade, vigente por força do Decreto-lei n.º 330/90, de 23 de outubro, consta como destinatário da mensagem “a pessoa singular ou colectiva a quem a mensagem publicitária se dirige ou que por ela, de qualquer forma, seja atingida”.

Portanto, de acordo com o Código da Publicidade, os destinatários da publicidade serão as pessoas a quem a publicidade se dirige ou que por ela sejam atingidos, abrangendo os consumidores e os profissionais.

Quanto ao conteúdo da mensagem, Paulo Mota Pinto<sup>19</sup> esclarece que “ele não é vinculativo, mas sim livre. Pode, por exemplo, a mensagem publicitária ser totalmente inadequada aos fins promocionais visados, ou pode consistir apenas numa imagem isolada. O que interessa é que consista numa transmissão de informação dirigida por um canal aos seus destinatários (consumidor/profissional)”.

A legislação impõe que as informações afixadas em rótulos, prestadas nos locais de venda ou divulgadas por meio de publicidade devem ser rigorosamente verdadeiras, precisas e esclarecedoras, impondo a obrigação de informar ao produtor, ao fabricante, ao importador, ao distribuidor, ao embalador, ao armazenista, ao retalista ou prestador de serviços. Todavia, em termos de veiculação de publicidade, este dever junte-se não à informação propriamente dita, mas tão só ao dever de verdade e diligência.<sup>20</sup>

No artigo 30 do Código da Publicidade nos depararemos com a previsão da responsabilidade civil e solidária pelos prejuízos causados a terceiros em virtude da difusão de mensagens publicitárias ilícitas.

Assim é que, superando a discussão doutrinária existente no Brasil, em Portugal os anunciantes, as agências de publicidade e quaisquer outras entidades que exerçam a actividade publicitária, bem como os titulares dos suportes publicitários utilizados ou os respectivos concessionários, respondem civil e solidariamente pelos prejuízos ocasionados.

No entanto, o legislador consagrou no n. 2 do artigo 30 do Código da Publicidade uma exceção relativa tão somente ao anunciante (pessoa

---

<sup>19</sup> O professor Paulo Mota Pinto salienta que a ordem jurídica faz algumas exigências ao conteúdo das mensagens publicitárias em relação a determinados bens, ou mesmo, para a generalidade dos bens e serviços, proscrevendo em certos casos a utilização de menores, de testemunhos, etc. Mas trata-se, justamente, de publicidade, embora ilícita, cabendo, por isso, no conceito de publicidade traçado pelo legislador. (in *Direito da Publicidade – Apontamentos das Aulas do Ano Lectivo 1999/2000*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999.

<sup>20</sup> Monteiro, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 380.

singular ou coletiva no interesse de quem se realiza a publicidade, no dizer do art. 5 alínea “a”), pela qual, desde que este prove não ter tido prévio conhecimento da mensagem publicitária veiculada, fica isento de responsabilidade nos prejuízos causados a terceiros pela difusão da referida mensagem.

Diante disso, podemos inicialmente inferir que no sistema português, a responsabilidade, além de englobar os sujeitos da actividade publicitária expressamente designados no texto legal, ainda poderá abranger “outras entidades que exerçam a actividade publicitária”, o que adiante será motivo de debate em relação às celebridades e os especialistas, que de certa forma “garantem” o produto ou serviço veiculado.

Contudo, num primeiro momento podemos interpretar que o texto da lei, ao mencionar a responsabilidade de “outras entidades que exerçam a actividade publicitária”, pretende alcançar a responsabilidade daquele que atua na produção publicitária, mesmo que solidariamente com os outros agentes da actividade publicitária, sem o qual estaria inviabilizada a estratégia de criação, de produção e da veiculação do anúncio.<sup>21</sup>

Ademais, por força do disposto no art. 2 do Código da Publicidade, o direito civil e o direito comercial são de aplicação subsidiária ao direito da publicidade, razão pela qual, em termos de responsabilidade civil, nos valeremos das regras provenientes do direito civil para esboçar a responsabilização dos entes que exercem a actividade publicitária em Portugal.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> A autoria do dano poderá ser apurada, por analogia ao direito penal, com base nos ditames da teoria da essencialidade, na qual o autor de um crime é todo aquele que tiver dado causa à sua realização, sendo a sua conduta essencial para a realização do fato. A autoria pode revestir duas formas, material ou moral, sendo considerado autor material aquele que executa o fato por si mesmo e moral aquele que executa o fato por intermédio de outrem, motivo pelo qual é admitida a responsabilidade solidária dos agentes da actividade publicitária para efeitos civis, e em co-autoria para fins contra-ordenacionais.

<sup>22</sup> Note-se que o n.º 4 do artigo 12 da Lei de Defesa dos Consumidores garante aos mesmos a “indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos, nos quais, em tese, poder-se-ia enquadrar a publicidade. Todavia, preferimos nos reportar ao assunto de forma



Segundo o escólio de Rui Moreira Chaves<sup>23</sup>, em termos de responsabilidade decorrente da veiculação da peça publicitária, a responsabilidade por factos ilícitos é a que mais interessa ao nosso estudo, estando expressa nos artigos 483 a 498 do Código Civil português, motivo pelo qual também podemos concluir que em Portugal não houve a transposição integral da Diretiva 84/450 da CEE no que concerne à responsabilidade objetiva do anunciante.

Assim é que da análise do artigo 483 do Código Civil advém a conclusão de que vários pressupostos devem ser preenchidos para que se configure a obrigação de indenizar ao lesante, razão pela qual, passaremos, neste momento, a analisá-los detidamente.<sup>24</sup>

Inicialmente, para que se imponha o dever de indenizar, deve ser atribuído um fato praticado pelo agente contra quem o fato é imputado. Tal fato deve ser dominável ou controlável pela vontade, sendo um comportamento ou uma forma de conduta humana, já que somente em relação a fatos dessa natureza é que terá lugar a idéia de ilicitude, ou seja, o requisito da culpa e a decorrente obrigação de indenizar prevista no ordenamento jurídico.

De acordo com as lições de Pires de Lima e Antunes Varela, “este facto voluntário do agente, consiste, regra geral, numa acção, isto é, na prática de um facto positivo (apropriação ou destruição de coisa alheia, etc.) que importa a violação de um dever de abstenção, de um dever de não ingerência na esfera de acção alheia, mas também, pode consistir numa omissão que só dá lugar à obrigação de reparar os danos quando, por força da lei ou do negócio jurídico, haja o dever de praticar o acto omitido (artigo 486), já que a omissão como pura atitude negativa, não

---

genérica, visto que no sistema português de responsabilização civil decorrente da publicidade ilícita não há diferenciação entre o procedimento a ser adotado entre o consumidor e o profissional destinatário da mensagem publicitária.

<sup>23</sup> *in* Código da Publicidade Anotado. Coimbra: Almedina, 1996, p. 110.

<sup>24</sup> O artigo 483 do Código Civil Português nos oferece o princípio geral da responsabilidade por factos ilícitos, dispondo que “1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

pode gerar física ou materialmente o dano sofrido pelo lesado, mas é unânime na doutrina que a omissão é causa de dano, sempre que haja o dever jurídico de praticar um acto que, muito provavelmente, teria impedido a consumação desse dano”.<sup>25</sup>

Quanto ao que se entenderia por “facto voluntário”, Rui Moreira Chaves esclarece que “é um facto objectivamente controlável pela vontade, e para fundamentar a responsabilidade civil basta a possibilidade de controlar o acto ou a omissão; não é necessária uma conduta pré-determinada, uma acção ou uma omissão orientada para certo fim. Fora do domínio da responsabilidade civil ficam tão somente, todos os danos causados por força maior ou pela actuação irresistível de circunstâncias fortuitas”.<sup>26</sup>

Outrossim, para que o agente seja obrigado a compensar o lesado, não basta que um facto voluntário praticado seja prejudicial aos interesses de outrem<sup>27</sup>, pois tal ato deve revestir-se de ilicitude.

Dessa forma, para que o lesado tenha direito à reparação de danos, Rui Moreira Chaves<sup>28</sup> indica que é necessário verificar-se a concorrência de três requisitos, quais sejam:

- que à lesão dos interesses do particular corresponda à violação de uma norma legal,
- que a tutela dos interesses particulares figure, de facto, entre os fins da norma violada,
- que o dano se tenha registado no círculo de interesses privados que a lei visa tutelar.

Existem outras formas de comportamentos antijurídicos capazes de determinar a obrigação de indenizar, se não houver causa especial de exclusão de ilicitude.

---

<sup>25</sup> *in* Código Civil Anotado. Coimbra: Coimbra Editora, 2.ª Edição, vol. I, 1979, p. 417.

<sup>26</sup> *in* Código da Publicidade Anotado. Coimbra: Almedina, 1996, p. 111.

<sup>27</sup> A violação do direito de outrem só é ilícita quando reprovada pela ordem jurídica, afastando-se, desta feita, os casos de acção directa (Art. 336 CC), de legítima defesa (art. 337 CC), de estado de necessidade (art. 339 CC) ou de consentimento do lesado (Art. 340 CC), ou seja, todas as causas de exclusão de ilicitude.

<sup>28</sup> *in* Código da Publicidade Anotado. Coimbra: Almedina, 1996, p. 112.

É o que ocorrerá no caso de abuso de direito (artigo 334 CC), ofensa do crédito ou do bom nome (artigo 484 CC), conselhos, recomendações ou informações (artigo 485) e omissões (Artigo 486).

Em relação aos casos de ofensa ao bom nome, isso ocorrerá no caso de divulgação de fatos capazes de prejudicarem o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa; pouco importando se o fato afirmado ou divulgado é ou não verdadeiro, o que interessa é que seja suscetível de diminuir a confiança na capacidade e na vontade da pessoa visada para cumprir as suas obrigações, ou de abalar o prestígio de que a pessoa goze ou o bom conceito em que ela seja tida no meio em que exerce a sua atividade. A nosso ver, isso poderá ocorrer no caso de propagandas denigratórias de concorrentes, bem como no caso de propagandas que estimulem a desconfiança em determinado grupo social, ou seja, que afetem a coletividade.

Ademais, os conselhos, recomendações ou informações podem envolver a responsabilidade civil, dando lugar à obrigação indenizatória quando:

- se tenha assumido a responsabilidade pelos danos;
- haja o dever jurídico de os prestar e se tenha procedido com culpa;
- o procedimento do agente seja criminalmente punível.

Adiante merecerá um estudo mais aprofundado a eventual imputação de responsabilidade às celebridades e aos especialistas que exercem a atividade publicitária na posição de “garante” de determinado produto ou serviço.

A propósito, para que o fato ilícito praticado gere responsabilidade, é essencial que tenha sido praticado por pessoa imputável, ou seja, por pessoa com plena capacidade natural para prever os efeitos e medir o valor dos seus atos e para se determinar de harmonia com o juízo que faça acerca destes, de acordo com o artigo 483 do Código Civil, com dolo ou mera culpa, sendo que, agir com culpa significa atuar em termos de a conduta do agente merecer a censura e a reprovação do direito. E essa conduta é reprovável quando, pela capacidade do agente e face às circunstâncias concretas da situação, se concluir que podia e devia ter agido de outro modo.

Nesse tópic, merece especial atenção no reconhecimento da responsabilidade civil em termos de veiculação de publicidade, a modalidade de culpa conhecida por negligência.

A negligência consiste na omissão de um dever de cuidado, ou seja, na omissão da diligência exigível ao agente da prática do fato, podendo ser consciente (quando o agente prevê a produção do fato ilícito como possível, mas por leviandade, precipitação, desleixo ou incúria, não adota qualquer medida para evitar a ocorrência do dano em razão de não crer na sua verificação) ou inconsciente (quando o agente não chega sequer, por imprevidência, descuido, imperícia ou inaptidão, a conceber a possibilidade de o fato se verificar, podendo e devendo prevê-lo, a fim de evitar a sua verificação se houvesse atuado com a diligência devida.

Embora exprima um grau de reprovação menor do que o do dolo, decerto, a o grau de responsabilidade a ser imputado ao agente por negligência será tanto maior quanto mais ampla for a possibilidade de ter agido doutro modo e mais forte ou mais intenso o dever de ter feito.

É esse o ponto fulcral para o reconhecimento da responsabilidade do anunciante pela reparação de danos decorrente da veiculação da peça publicitária, sendo-lhe, conforme preceitua o n. 2 do artigo 30 do Código da Publicidade, permitido eximir-se da responsabilidade civil caso prove não ter tido prévio conhecimento da mensagem publicitária veiculada.

Isso poderá ocorrer quando constatada a ofensa, por exemplo, às restrições ao objeto da publicidade, previstas na secção III do Código da Publicidade, como no caso da veiculação da peça publicitária de bebida alcoólica na televisão em horário não apropriado. Nesse caso, deverá o anunciante demonstrar que não teve conhecimento prévio do horário em que o anúncio seria veiculado. No entanto, preliminarmente poderíamos intuir ao menos a responsabilidade do suporte televisivo pela veiculação, motivo pelo qual, independentemente da responsabilidade civil, que seria objeto de apuração, o mesmo já responderia pela contra-ordenação praticada (artigo 36 do Código da Publicidade).

No que concerne à prova da culpa como elemento essencial para a configuração da responsabilidade civil, de acordo como artigo 342 n.º 1 do Código Civil, o ônus da prova, diferentemente daquilo que

prevê o Código de Defesa do Consumidor do Brasil, em Portugal cabe àquele que invocar um direito, portanto, sendo a culpa do lesante, incumbe ao lesado, como credor, fazer a prova dela.<sup>29</sup>

Entretanto, em determinados casos, como no do titular do suporte publicitário ou de qualquer outra entidade que promova materialmente a difusão da mensagem publicitária em desacordo com o artigo 17 e seguintes do Código da Publicidade, sob a nossa ótica, bastará ao ofendido demonstrar qual e de que forma a restrição foi desrespeitada e o dano decorrente, todavia, ainda restaria o aspecto da individualização da culpa, que inicialmente poderá ser invocada em relação ao anunciante, que por sua vez, como meio de defesa, poderá provar que não tinha conhecimento prévio da veiculação, atribuindo a responsabilidade decorrente à agência de publicidade e/ou ao suporte televisivo.

Isso poderia sugerir uma via obscura para viabilizar atos contrários ao espírito da lei por parte de anunciantes descompromissados com os princípios da veracidade e da licitude e, por conseguinte, em relação aos destinatários da mensagem e aos concorrentes, pois os anunciantes poderiam facilmente ocultar-se a partir de alegações de que desconheciam o conteúdo daquilo que foi veiculado.

Contudo, mister se faz frisar que a lei portuguesa dispõe que o anunciante deverá “provar” e não simplesmente alegar que não tinha conhecimento prévio da mensagem veiculada, razão pela qual, em última instância, a responsabilidade civil nesses casos deverá ser divisada a partir do próprio anunciante, que assumirá (individualmente ou solidariamente) a responsabilidade pelo ato lesivo ou a atribuirá a terceiros, através dos meios de prova cabíveis, ao demonstrar que não havia autorizado a agência ou o suporte publicitário a veicular a última versão da peça publicitária, vez que a mesma não teria sido devidamente aprovada.

---

<sup>29</sup> “Ao lesado cabe a prova da violação objectiva da disposição legal de protecção por parte do agente”. (*in* Monteiro, Jorge Ferreira Sinde. Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 260)

Ainda, no caso de propaganda enganosa, caso o anunciante comprove que não forneceu as informações sobre as qualidades do produto ou serviço veiculado, iniludivelmente transferirá à agência de publicidade ou ao suporte publicitário a responsabilidade pelo conteúdo daquilo que foi veiculado.

Outrossim, para haver obrigação de indenizar é essencial que haja dano (que conforme é cediço, poderá apresentar-se como moral, patrimonial e lucro cessante); é condição *sine qua non* que o fato ilícito culposo ou doloso praticado pelo agente cause prejuízo a outrem.

Além disso, para que exista o dever de indenizar mister se faz necessário demonstrar o nexo de causalidade entre o fato e o dano. Segundo Rui Moreira Chaves, só os danos causados diretamente pelo fato ilícito praticado é que estão incluídos na responsabilidade do agente, já não estando, todos os danos sobrevindos do fato ilícito (artigo 483 do Código Civil). Nesta matéria vigora a teoria da causalidade adequada, consagrada no artigo 563 do Código Civil, que se traduz na obrigatoriedade do autor do fato ilícito praticado reparar o lesado, pelos danos cuja verificação era lícito nessa altura prever que não ocorressem, se não fosse a lesão. No entanto, existem danos que o lesado provavelmente não sofreria se não fosse a lesão e que não se enquadram na obrigação de indenização imputável ao agente da prática do fato, porque tal repugnaria ao pensamento do legislador e à base da causalidade adequada perfilhada no dispositivo acima citado. Portanto, para que um dano seja reparável pelo autor da lesão, é necessário que o fato tenha atuado como condição do dano, sendo ainda exigível que, abstratamente o fato seja uma causa adequada desse dano.

Não é por outro motivo que o anunciante pode demonstrar a inexistência de nexo de causalidade entre a sua conduta na veiculação da peça publicitária e o dano porventura ocasionado ao destinatário, visto que, se não tinha conhecimento prévio daquilo que foi indevidamente veiculado não haverá de se cogitar em negligência por ação ou omissão, ou seja, culpa.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Não é por outro motivo que o artigo 28 do Código da Publicidade prevê a proibição da utilização para fins diferentes dos acordados de qualquer idéia, informação ou material publicitário fornecido para a publicidade. E o artigo 36 do mesmo diploma

A titularidade do direito à indenização pertence àquele que porventura tenha tido o direito violado ou o interesse imediatamente lesado com a violação da disposição legal, não tendo o terceiro que só reflexa ou indiretamente seja prejudicado. Excepcionalmente, no entanto, a indenização pode competir a terceiros, mas só no caso expresso no artigo 495 do Código Civil.

A prescrição do direito à indenização vem expressa no artigo 498 do Código Civil e sem prejuízo do prazo ordinário de prescrição que é de vinte anos, o direito à indenização fundada em responsabilidade civil por conta da publicidade ilícita está sujeito ao prazo de três anos a contar da data em que o lesado teve conhecimento do seu direito.

Note-se que além dos destinatários da mensagem publicitária, outros entes também poderão ser atingidos negativamente, como nos casos de ofensa aos concorrentes, ou por uso não permitido da imagem, do som, da palavra ou obra alheia (por falta de contratação do direito de utilização de imagem e/ou palavra e obra). Nestes casos, além da aplicação de coima ao infrator (artigo 36 do Código da Publicidade), também terá lugar a responsabilidade civil (artigos 28 e 30 do Código da Publicidade). Nesse sentido, o Código da Publicidade português avançou em relação à legislação brasileira, posto que a aplicação do mesmo não se restringiu especificamente ao consumidor.

Ainda, para que se dissipe qualquer dúvida quanto ao objetivo da lei em alcançar a responsabilização de todos os entes que intervêm na atividade publicitária, também merece especial atenção o artigo 36 do Código da Publicidade, que dispõe que “são punidos como co-autores das contra-ordenações previstas no presente diploma o anunciante, a agência de publicidade ou qualquer outra entidade que exerça a actividade publicitária, o titular do suporte publicitário ou o respectivo concessionário, bem como qualquer outro interveniente na emissão da mensagem publicitária”.

Inclusive, já sinalizando em relação à responsabilidade das celebridades e dos especialistas que garantem a qualidade de determinado

---

que prevê a responsabilidade como co-autores das contra-ordenações o anunciante, a agência de publicidade ou qualquer outra entidade que exerça a actividade publicitária, bem como qualquer outro interveniente na emissão da mensagem publicitária.

produto ou serviço, e com o escopo de esclarecer em relação ao alcance da lei, o artigo 15 do Código da Publicidade, visando também tutelar o princípio da veracidade, para que os destinatários não sejam enganados, trata da publicidade testemunhal, ensejando, inclusive, a aplicação de coima por contra-ordenação a quem descumprir o preceito.

Ora, se “qualquer interveniente na emissão da mensagem publicitária” poderá ser responsabilizado pelo contra-ordenação, não faria sentido excluir a responsabilidade civil do sujeito, sendo-nos evidente o objetivo do legislador em não afastar a responsabilidade de qualquer ente que porventura participe da atividade publicitária, em qualquer de suas etapas de elaboração, criação e veiculação.

Outrossim, a partir do Código da Publicidade e da Lei de Defesa dos Consumidores (Lei n. 24/96, de 31 de julho) em Portugal poderá a coletividade (consumidora ou não, dependendo do destinatário) ser tutelada para não se ofendida através de propaganda enganosa ou abusiva. Para tanto, poderá, individual ou coletivamente, valer-se da ação popular (exceto o Ministério Público) ou da ação inibitória (inclusive o Ministério Público, também para providências cautelares como a sustação da veiculação de alguma peça publicitária).

Compartilhando dos ensinamentos de Miguel Teixeira de Sousa<sup>31</sup>, a quantificação do dano patrimonial e moral no plano individual será muito difícil, “todavia, em se tratando de propaganda enganosa, deve-se atribuir ao mesmo um caráter punitivo, bem como se atender à diferença entre o preço pago e aquilo que efetivamente valia o produto, ou seja, o seu preço de mercado, caso o anúncio apregoe ao produto anunciado o melhor preço do mercado, e no caso posteriormente o consumidor apercebeu-se de que foi induzido a erro”.

No plano coletivo, a indenização não se referirá ao dano propriamente dito, mas sim à sanção por ato ilícito (coletive damages), pois em se tratando de interesses difusos a indenização será global, não havendo que se falar em tutela de interesses individuais no bojo da

---

<sup>31</sup> Palestra realizada em 13 de Fevereiro de 2004 no módulo “Tutela Jurisdicional dos Interesses dos consumidores”, do VI Curso de Pós-Graduação do Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.



ação popular coletiva. Isso ocorrerá quando ocorrer ofensa a interesses da pluralidade de bens privados, como no caso de um grupo de consumidores que é ludibriado a partir da veiculação de uma publicidade enganosa.

Resta-nos, nesse momento, esclarecer que excepcionalmente, desde que alegada a responsabilidade do anunciante por entidade administrativa, o ônus da prova recairá sobre o mesmo.<sup>32</sup>

Outrossim, em se tratando de contra-ordenação (artigo 36 do Código da Publicidade), diferentemente do que ocorrerá em relação à responsabilidade civil, não é necessária a prova do prejuízo ou do dano, basta que a publicidade veiculada seja suscetível de induzir o destinatário a erro.

Assim, ao nos depararmos com o ilícito contra-ordenacional não estaremos diante do chamado “*dolus bonus*” (que inclusive tende a ser cada vez mais reduzidos a informações gerais), mas sim da afirmação obscura, inadequada e não objetiva, ou seja, que não esteja de acordo com os princípios da licitude, ou da veracidade e/ou do acesso à informação, portanto, indutora em erro (*misleading*).

Embora seja de conhecimento de que, excepcionalmente para efeito administrativo, o ônus da prova recairá sobre o anunciante, por analogia ao processo penal, poder-se-á divergir de tal imposição.

Contudo, tendo em vista o interesse público provocado pela publicidade, como também a necessidade de prover os agentes fiscalizadores de instrumentos céleres de inibição à praticas desleais, consideramos ser plenamente justificável a inversão do ônus da prova em casos que tais.

Sublinha-se que a inversão do ônus da prova prevista no n.º 3 do artigo 11 do Código da Publicidade ratifica a Diretiva 84/450/CEE e consagra a moderna tendência do direito, no sentido de atribuir ao anunciante o dever de apresentar a exatidão material dos fatos contidos na publicidade.

---

<sup>32</sup> Exemplificamente podemos mencionar o teor do n. 3 do artigo 11 do Código da Publicidade, que dispõe que “...pode a entidade competente para a instrução dos respectivos processos de contra-ordenação exigir que o anunciante apresente provas de exactidão material dos dados de factos contidos na publicidade”.

Contudo, no nosso entendimento, fenece de crítica o posicionamento estampado no Código da Publicidade português, ao admitir no n.º 2 do artigo 34 a ausência de punibilidade para efeito contra-ordenacional, desde que o anunciante comprove que não tinha conhecimento prévio da mensagem publicitária veiculada e no caso de o titular do suporte publicitário ou de qualquer outra entidade se limitar a promover materialmente a difusão da mensagem publicitária.

Ao ensejo, aproveitamos para firmar nosso convencimento de que ao comparar o ordenamento jurídico brasileiro face o português pudemos constatar que ao atribuir-se ao anunciante o dever de comprovar as informações veiculadas acerca do produto ou serviço ofertado, inexoravelmente estar-se-á simplificando o acesso ao judiciário, sem que isso implique em cerceamento de defesa ou prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, pois é perfeitamente exigível que aquele que se beneficiará da publicidade responda, mesmo que inicialmente, pelos os eventuais desvios cometidos.

Portanto, defendemos que o anunciante deve sempre possuir a comprovação acerca das informações transmitidas à agência ou ao suporte publicitário, para que comprove que não cometeu o ato lesivo, sob pena de responsabilização.

Outrossim, reversamente do que ocorre no sistema jurídico de proteção aos consumidores brasileiros, entendemos que o anunciante, desde que comprove que não concorreu com culpa ou dolo na realização do ilícito, não deverá responder civilmente perante o ofendido, tal qual previsto no n.º 2 do artigo 30 do Código da Publicidade português.

### **3. Os entes envolvidos na actividade publicitária e os seus respectivos graus de responsabilidade**

#### **3.1. O Anunciante**

À luz da letra “a” do artigo 5 do Código da Publicidade português, o anunciante é “a pessoa singular ou colectiva, de natureza pública ou privada, no interesse de quem se realiza a publicidade”. O anunciante pode ser entendido como a pessoa ou a empresa que procura fazer

conhecer os bens, produtos ou serviços relacionados com a sua atividade e que toma a iniciativa e a decisão da ação publicitária, que segundo Carlos Ferreira de Almeida<sup>33</sup>, no Brasil “assume a responsabilidade, os encargos financeiros em razão de ser aquele que no seu interesse próprio se realiza a publicidade”.

Entretanto, conforme já estudado, em Portugal os anunciantes podem se eximir da responsabilidade se provarem que não tiveram conhecimento prévio do conteúdo daquilo que foi veiculado (art. 30, n.º 2 do Código da Publicidade), também porque o artigo 28 do Código da Publicidade preceitua que é proibida a utilização para fins diferentes dos acordados de qualquer idéia, informação ou material publicitário fornecido.

Por conseguinte, o ordenamento jurídico português, sob a nossa ótica, sugere um maior rigor nas relações envolvendo os sujeitos da atividade publicidade, pois, considerando que a publicidade passa por alguns momentos bem distintos, quais sejam, a criação, a produção e a materialização para posterior veiculação, em tais etapas, os agentes devem se documentar acerca das informações recebidas e conferidas aos anunciantes e vice-versa, bem como em relação à aprovação da publicidade pelos mesmos, sob pena de responderem solidariamente ou até mesmo individualmente pelos danos porventura causados aos destinatários.

Inegavelmente o destinatário, quando ofendido, em termos práticos não terá como divisar qual agente que exerce atividade publicitária foi efetivamente responsável pelo dano ocasionado, motivo pelo qual, em tese, o anunciante deverá ser chamado a responder pelo dano, sendo-lhe permitido, se o caso ensejar, invocar o agente responsável à autoria, assumindo o ônus de provar a viabilidade da sua alegação. Contudo, uma vez comprovada a sua ilegitimidade para permanecer no pólo passivo da demanda, ao anunciante não caberá qualquer responsabilidade civil.

Por outro lado, no Brasil, o anunciante, devido à responsabilidade objetiva que recai sobre o mesmo, deverá cuidar para que a peça

---

<sup>33</sup> *in* Conceito de Publicidade, BMJ 349/125.

publicitária não cause danos aos seus destinatários, podendo, todavia, em termos processuais, chamar os demais agentes que contribuíram para a causação do dano para responderem solidariamente perante o ofendido, ou, se o caso ensejar, posteriormente exercer o seu direito de regresso contra o agente da actividade publicitária que porventura excedeu os limites que eventualmente haviam sido fixados quando do chamado “briefing”.

Atuando no assessoramento preventivo de anunciantes brasileiros, temos verificado a resistência por parte das agências de publicidade no fornecimento dos documentos cabíveis, a fim de subsidiar o anunciante com o plano de publicidade acordado e a peça publicitária aprovada; documentos esses imprescindíveis para que o anunciante porventura exerça o seu direito de regresso, em caso de necessidade.

### 3.2. Profissional Publicitário e Agências de Publicidade<sup>34</sup>

O publicitário, segundo o artigo 1.º da Lei n.º 4.680/65 do Brasil, trata-se daquele que, estuda, executa e distribui a propaganda, podendo essas atividades ser de caráter regular e permanente, exercendo funções de natureza técnica da especialidade, nas agências de propaganda, nos veículos de divulgação, ou em quaisquer empresas nas quais se produza propaganda.

O regulamento brasileiro n.º 57.690, de 1.º de fevereiro de 1966, especifica que a profissão de publicitário “compreende as atividades daqueles que, em caráter regular e permanente, exercem funções

---

<sup>34</sup> Seguindo os ensinamentos de Paulo Mota Pinto, optamos por tratar do publicitário e das agências de publicidade no mesmo tópico, eis que, segundo as suas lições, “a noção de profissional foi recentemente introduzida no Código da Publicidade pelo Decreto-Lei n. 275/98, de 9 de setembro, como sinônima da de agência publicitária, equiparando-se, pois, as pessoas singulares que exerçam a actividade publicitária às pessoas coletivas (que constituirão normalmente a forma jurídica do que na vida económica se designa ‘agência de publicidade’)”. (*in* Direito da Publicidade – Aparentamentos das Aulas do Ano Lectivo 1999/2000. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999, p. 13).

artísticas e técnicas através das quais exercidas em agências de propaganda (art. 1.º), veículos de comunicação ou em qualquer outra empresa voltada à propaganda (art. 3.º). Funções artísticas são “as que se relacionam com trabalhos gráficos, plásticos e outros, também de expressão estética, destinados a exaltar e difundir pela imagem, pela palavra ou pelo som, as qualidades e conveniências de uso ou de consumo das mercadorias, produtos e serviços a que visa a propaganda” (art. 4.º), e funções técnicas são “as que promovem a combinação harmoniosa dos conhecimentos científicos com os artísticos, tendo em vista dar à mensagem publicitária o máximo de rendimento e impacto” (art. 5.º).

O publicitário é um profissional que depende de formação técnica, em escola de propaganda, para o exercício da atividade. Excluem-se do conceito os auxiliares, que não colaboram, diretamente, no planejamento, execução, produção e distribuição da propaganda (art. 6.º, parágrafo 1.º), considerados os conceitos de funções artísticas e técnicas dados pelo Regulamento n.º 57.690/66.

A agência de propaganda, segundo a letra “b” do artigo 5 do Código da Publicidade Português, “é a sociedade comercial que tenha por objecto exclusivo o exercício da actividade publicitária”, em outras palavras, é uma sociedade comercial que tem por objeto exclusivo (não podendo explorar simultaneamente suportes publicitários) a arte e a técnica publicitária, que, através de especialistas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos veículos de divulgação, por ordem e conta de clientes anunciantes, com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços, difundir idéias ou informar o público a respeito de marcas introduzidas no mercado ou campanhas institucionais dos seus clientes.

A agência é uma organização voltada ao planejamento, confecção e distribuição da publicidade dos anunciantes, pelos mais variados meios tecnológicos.

Se for certo que o publicitário não veicula nenhuma campanha sem que alguém a tenha aprovado, também é certo se afirmar que a criação e o conhecimento daquilo que o anunciante oferece aos consumidores deve ser de domínio da agência de publicidade (a ser obtido no *briefing*), pois caso contrário não estaríamos tratando de uma criação publicitária.

Considerando que o parágrafo único do artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro determina ao anunciante a manutenção das informações sobre os dados fáticos, técnicos e científicos relativos às mensagens publicitárias, é de extrema importância que as agências também possuam tais informações para que se dê idoneidade à criação publicitária.

Torna-se ainda mais palpável tal recomendação diante do artigo 27, parágrafo primeiro, do Código de Ética Publicitária brasileiro, que prevê que cabe também às agências a prova de todas as alegações, descrições e comparações existentes na publicidade.

O Código de Auto-Regulamentação Publicitária brasileiro recomenda ainda que as agências façam a sua identificação junto ao anúncio, estabelecendo que elas são co-responsáveis (juntamente) com o anunciante pela publicidade realizada e pela desobediência aos preceitos do Código (art. 45, b), bem como prevê no art. 46 que qualquer pessoa que tenha participado do planejamento, criação, execução e veiculação de um anúncio responde na medida de seus respectivos poderes.

Segundo Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, essa discussão já vem sendo travada nos Tribunais brasileiros, podendo citar ações civis públicas propostas pelo Ministério Público paulista contra a Golden Cross e a agência Premium Propaganda S.A., por veicularem publicidade enganosa; a ação contra a Benetton do Brasil Têxtil Ltda. e a agência de propaganda Futura/Scali, McCabe Sloves, por divulgarem publicidade abusiva; a ação movida pelo Procon paulista contra Grendene e W/Brasil. Também a ação civil pública movida pela Associação de Proteção do Consumidor de Porto Alegre contra a empresa Nestlé e a agência de propaganda DPZ referente a abusividade nos anúncios divulgados.<sup>35</sup>

A nosso ver, considerando as diferentes espécies de publicidade ilícita, em determinados casos torna-se indiscutível a participação da agência publicitária na ilicitude cometida contra o destinatário ou até mesmo contra a concorrência, não havendo que se cogitar tão somente na responsabilidade do anunciante.

---

<sup>35</sup> A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p.153.

É o caso, por exemplo, no âmbito exclusivo do consumidor, da propaganda que cria comoção na sociedade (p.e.: o desaparecimento de um animal de estimação e fornece um número para contato e recompensa para aquele que localizá-lo), para, após diversas inserções televisivas, afirmar que o animal foi localizado consumindo a ração “X”.

Indiscutivelmente, no caso apresentado, a agência de propaganda desenvolveu uma agressiva estratégia publicitária para chamar a atenção do público consumidor, todavia, propositalmente foi sonegado o direito à identificação da publicidade, por meio de um repugnável ardil. Portanto, tanto o anunciante, que aprovou (no caso português, se efetivamente houver aprovado) a peça publicitária quanto a agência de propaganda seriam responsabilizados (individual ou solidariamente) pelos danos ocasionados.

Na seara da concorrência também podemos identificar a responsabilidade da agência no caso, por exemplo, da criação de um slogan que estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes, ou no caso de a agência criar fatos inverídicos, como informar a maior performance do tênis X em comparação com o Y a partir de testes que jamais foram realizados, cujas informações não lhe foram apresentadas pelo anunciante.

Nessa hipótese, além de também causar dano ao consumidor, em virtude da inverdade veiculada, o concorrente também terá sido vítima de um ato de concorrência desleal, justamente em razão de ter sido vítima de uma comparação infundada, o que certamente causou prejuízo à imagem do seu produto.

Talvez pelas razões acima apresentadas é que o legislador brasileiro previu que nas hipóteses de comerciais de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, ser também infrator da norma legal o responsável pela peça publicitária.

Por exercer uma atividade técnica especializada, que hodiernamente impõe àquele que pretenda realizar uma campanha publicitária a necessidade de recorrer aos serviços do profissional ou mais comumente à agência de publicidade, entendemos que também cabe aos mesmos a responsabilidade decorrente da orientação do anunciante acerca das eventuais impedimentos para a veiculação da publicidade do produto ou serviço, independentemente do suporte a ser utilizado.

Assim é que, sob a nossa ótica, caberá às agências informar os seus clientes acerca da necessária compatibilização da propaganda com as restrições provenientes do ordenamento jurídico aplicável ao caso concreto.

Por conseguinte, deverão as agências, ao proporem a campanha publicitária, devido ao seu alto grau de especialização (tendo por objeto exclusivo a actividade publicitária), se certificarem de que a publicidade a ser veiculada está conforme a legislação aplicável, sob pena de responderem solidariamente ou individualmente, dependendo do caso concreto, em relação aos danos porventura ocasionados aos destinatários.

Podemos exemplificar a responsabilidade da agência na criação, produção, e/ou veiculação da publicidade, a partir da legislação específica que deve ser respeitada para determinados produtos ou serviços serem anunciados, como no caso das Diretivas 84/450/CEE, do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa, 87/102/CEE, de 13 de Junho de 1990, sobre viagens organizadas, 92/28/CEE, de 31 de Março de 1992, relativa à publicidade de medicamentos humanos, entre outras legislações, que inclusive impedem a publicidade do tabaco fora dos locais de venda ao público.

Ora, de acordo com o n. 2 do artigo 30 do Código da Publicidade, as agências e os profissionais respondem civil e solidariamente pelos prejuízos causados a terceiros em resultado da difusão de mensagens publicitárias ilícitas.

Portanto, em caso de infração às normas técnicas, restritivas ao tipo de publicidade a ser veiculada, entendemos que haverá ao menos a responsabilidade solidária da agência ou do profissional publicitário, visto que ao anunciante não se pode exigir o conhecimento da legislação específica, de cuja competência para o conhecimento poder-se-ia exigir com muito mais razão daquele que foi contratado para a prestação de um serviço específico e altamente especializado.

No entanto, em caso de propagandas comparativas, denigratórias, e outras porventura lastreadas em informações conferidas sob a responsabilidade exclusiva do anunciante, neste caso, a nosso ver, inexistiria qualquer possibilidade de se alcançar aquele que agiu de boa fé no cumprimento do contrato.

De qualquer forma, nesse momento o que se deve divisar é que no caso brasileiro, em questões envolvendo relação de consumo, os



profissionais e as agências estão basicamente submetidas à responsabilidade de indenizar o anunciante, em sede de exercício do direito de regresso, pelas vias ordinárias da responsabilidade civil, ou, se o caso ensejar, a responderem solidariamente perante o consumidor; enquanto em Portugal os mesmos podem compor isoladamente o pólo passivo da demanda que porventura seja proposta pelo destinatário (consumidor ou profissional), podendo recair exclusivamente contra si a responsabilidade civil.

### 3.3. Agenciador de Propaganda e Centrais de Compra de Espaço ou de Tempo

No Brasil, onde exerce um papel importante na fase de veiculação da peça publicitária, existe a figura do agenciador de propaganda, que é o profissional que encaminha propagandas aos veículos de comunicação ou divulgação, estando vinculado a estes, percebendo retribuição de terceiros (art. 2.º da Lei n.º 4.680/65).

O agenciador pode ser registrado como empregado junto ao veículo de comunicação. Na hipótese de não ser empregado do veículo, será considerado trabalhador autônomo (art. 24, do Regulamento n.º 57.690/66).

Em Portugal, existem as chamadas centrais de compra de espaço ou de tempo, que são freqüentemente constituídas pelas agências de publicidade, e encontram-se especializadas na fase de distribuição publicitária, efetuando igualmente, por vezes, a atividade de planeamento de meios.

Consoante Paulo Mota Pinto<sup>36</sup>, “as centrais seleccionam, de acordo com o tipo de objectivos prosseguidos e a estratégia delineada, bem como com a mensagem criada e produzida, o tipo, o número e a identidade dos meios a utilizar para a campanha, contratando com estes a difusão da mensagem. As centrais permitem, assim, obter des-

---

<sup>36</sup> *in* Direito da Publicidade – Apontamentos das Aulas do Ano Lectivo 1999/2000. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999, p. 15.

contos consideráveis dos meios, pela quantidade de espaço ou de tempo ocupado, e pela força negocial resultante de normalmente agruparem diversas agências de publicidade”.

Ao assumir a responsabilidade pelo delineamento da forma e do tipo de meios a utilizar para a campanha, aventamos a possibilidade de as centrais e dos agenciadores de propaganda responderem civilmente por eventuais danos ocasionados (desde que não sejam empregados do próprio veículo que, nesta hipótese, responderia exclusivamente pelos danos ocasionados).

Tal responsabilidade civil ocorrerá no caso, por exemplo, da contratação para veiculação de peças publicitárias com conotação eminentemente erótica num horário sabidamente impróprio para tal. Note-se que, se o anunciante não tivesse conhecimento prévio disso, a teor do artigo 30 n.º 2 do Código da Publicidade, seriam, designadamente, a agência de publicidade, a central ou o agenciador e o veículo aqueles que responderiam civilmente pelos prejuízos ocasionados, salvo se a agência comprovasse não haver concorrido com culpa no evento danoso.

Contrariamente a isso, no caso brasileiro, se os danos houvessem sido ocasionados aos consumidores, a responsabilidade civil incidiria diretamente sobre o próprio anunciante, independentemente de culpa, tendo o mesmo, tão somente, o direito de regresso contra os agentes causadores do dano ou a hipótese de chamá-los para compor a lide solidariamente.

### 3.4. Suportes Publicitários

Segundo o escólio do reconhecido publicitário brasileiro Armando Sant’Anna, “de pouco valerá uma boa peça publicitária se os veículos escolhidos para divulgá-la não forem adequados ao seu meio peculiar de expressão e não atingirem o público capaz de interessar-se pela coisa anunciada e com capacidade aquisitiva para comprá-la. Ao conceber uma campanha publicitária e iniciar seu planejamento, a primeira coisa a ter em mente é o grupo consumidor que a mesma se destina, pois é do conhecimento do consumidor real ou potencial que é possível

estabelecer o tema, selecionar os estímulos ou apelos e determinar o gênero de veículos mais apropriados a difundir a mensagem”.<sup>37</sup>

A partir daí pode-se conceituar veículo de comunicação como sendo todo o meio, forma ou recurso capaz de levar ao conhecimento dos destinatários a mensagem publicitária.

O artigo 4.º da Lei n.º 4.680/65 do Brasil dispõe no sentido de que veículo é qualquer meio de comunicação visual ou auditiva capaz de transmitir, ao público, mensagens de propaganda.

As palavras mídia (de medium – meio) ou veículo, ou meio, é que designam o elemento material que divulga a mensagem.

Em geral dividem-se os veículos em revistas, jornais, outdoor (cartazes, painéis), rádio, televisão, internet, publicidade direta e mídia suplementar, que engloba o resto.

Ao tratar dos diferentes tipos de veículos, Marco Antônio Marcondes Pereira afirma que são veículos de comunicação os jornais, revistas, livros, cartazes, panfletos (veículos impressos); os letrados, murais e painéis; o teatro, o cinema, o rádio, a televisão (veículos de massa); e modernamente a internet.<sup>38</sup>

E acrescenta o referido autor afirmando que todos os aludidos veículos de comunicação servem à publicidade, cada qual com sua força de penetração, sobressaindo-se entre eles a televisão, o rádio e o cinema, num primeiro plano, enquanto os outdoors, as revistas, jornais e os panfletos vêm em seguida. O livro e o teatro são de pouca influência na atividade publicitária e a internet, pelo menos no Brasil, é uma forma em crescimento.

Nesse sentido, torna-se patente a responsabilização do veículo de mídia utilizado para a veiculação do anúncio em determinados casos, visto que muitos destinatários, inclusive, adquirem determinados produtos justamente em razão do local onde receberam a informação.

A propósito, a decisão proferida nos autos da ação civil 595.083353, da 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande

---

<sup>37</sup> Propaganda. Teoria-Técnica e Prática. São Paulo: Ed. Pioneira, 1998, 7.ª edição, p. 193.

<sup>38</sup> Concorrência Desleal por meio da Publicidade. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001, 1.ª edição, p. 50.

do Sul, cujo Relator foi o Desembargador Araken de Assis, coaduna-se perfeitamente com o entendimento firmado, eis que foi julgada procedente a ação de indenização proposta por adquirente de título de capitalização vendido com incentivo de sorteio (Tele Sena) contra a emissora televisiva que veiculou a respectiva mensagem publicitária, eis que pertencente ao mesmo grupo econômico do qual participava a empresa de capitalização que agia de forma dissonante ao ordenamento legal no trato com a sua clientela.

O artigo 45 do Código de Ética Publicitária do Brasil recomenda aos veículos, como medida preventiva, que estabeleçam um sistema de controle na recepção do anúncio, ainda mais quando este é fornecido pelo anunciante e não foi criado por uma agência de publicidade.

Por conta disso, tem-se conhecimento de casos no Brasil em que concessionárias de televisão recusaram-se a veicular anúncios publicitários de um pretense curandeiro, que se intitulava capaz de fazer curas milagrosas, desde que os destinatários telefonassem para um determinado número telefônico pagando um determinado valor por minuto de "consulta".

Por outro lado, entendemos que não se pode atribuir aos veículos de comunicação a responsabilidade por alguma inverdade contida na peça publicitária, sem que antes verifiquemos se a inverdade era de fácil constatação ou não.

Ora, se uma indústria automobilística informa ao mercado de consumo que um determinado automóvel possui freios a hidrogênio, o que resultaria numa melhor performance do mesmo, não se pode exigir do veículo de comunicação que comprove a informação contida na peça publicitária.

Entretanto, existem casos em que o veículo de comunicação já recebeu inúmeras reclamações dando conta da ineficiência de um determinado produto ou serviço anunciado, e por razões meramente comerciais insiste em veicular a propaganda, sem ao menos tomar alguma atitude (sustação da veiculação dos anúncios) em relação ao anunciante, a fim de esclarecer os fatos relatados pelos destinatários.

Nessa hipótese, entendemos que também caberá ao veículo de comunicação uma responsabilização pelos danos ocasionados aos destinatários por conta da publicidade veiculada, pois a nosso ver, ao

tomar conhecimento dos fatos, o mínimo que se esperaria é que o veículo não se omitisse a fim de continuar a receber benefício financeiro sem se preocupar com os danos já ocasionados e com a potencialidade de provocar novos prejuízos a uma enorme parcela da sociedade, que por vezes, conforme demonstrado, somente consome o produto ou serviço anunciado em razão da identificação que possui com o veículo de comunicação onde teve o primeiro contato com a informação.

Em Portugal, conforme asseverado por Paulo Mota Pinto<sup>39</sup>, é inconteste que “sobre o titular do suporte publicitário impende em regra igualmente responsabilidade civil e contra-ordenacional pela mensagem publicitária (artigos 30, 36 do Código da Publicidade)”.

Em termos da fixação da sua responsabilidade, além do acima exposto, o suporte publicitário também poderá ser responsabilizado caso veicule algum conteúdo publicitário diverso daquele que restou materializado a partir da produção publicitária. Assim, no caso do meio impresso escolhido para a veiculação do anúncio informar um preço dissonante daquele que deveria ter sido veiculado, em Portugal terá o anunciante a possibilidade de valer-se do n. 2 do artigo 30 do Código da Publicidade para imputar ao suporte a responsabilidade pelos danos decorrentes. Ao revés disso, no Brasil o suporte poderá responder solidariamente com o anunciante pelos danos porventura ocasionados ao consumidor, sendo que, nos demais casos envolvendo não consumidores prejudicados (concorrentes, profissionais) aplicar-se-ão as conhecidas regras da responsabilidade civil por ato ilícito, nos termos do direito civil.

É de se destacar que, devido à sua inegável importância como suporte publicitário, a Lei n.º 58/90, de 7 de setembro, disciplina o

---

<sup>39</sup> O autor também salienta que “na Europa, tem-se assistido nos últimos anos a um aumento crescente da fatia de mercado publicitário da televisão – ou seja, a uma predominância crescente do recurso a suportes televisivos. Assim entre 1990 e 1994, a quota dos suportes televisivos passou em Portugal de 18% para 60%, sendo Portugal, além da Grécia, o país da União Européia onde a televisão é líder isolado dos suportes publicitários”. (in *Direito da Publicidade – Apontamentos das Aulas do Ano Lectivo 1999/2000*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999, p. 14).

regime da actividade de televisão em Portugal, sendo que o artigo 29 apresenta uma série de restrições à publicidade.

Nesse diapasão, dispõe o referido artigo que “é interdita a publicidade, através da televisão, a) de produtos nocivos à saúde, como tal qualificados por lei; b) de objectos de conteúdo pornográfico ou obsceno; c) de partidos ou associações políticas e de organizações sindicais, profissionais e representativas de actividades económicas ou patronais”.

Portanto, independentemente da responsabilidade contra-ordenacional, na ocorrência de danos decorrentes da veiculação de tais tipos de publicidade, entendemos que o suporte publicitário responderá, individual ou solidariamente, por contra-ordenação e pelos danos ocasionados, dependendo da repercussão negativa provocada nos destinatários da mensagem publicitária.

Sem prejuízo, nos artigos 17 e seguintes do Código da Publicidade português encontraremos as chamadas restrições ao objeto da publicidade, sendo que, devido ao alto grau de especialização dos veículos, entendemos que seria perfeitamente exigível dos mesmos o devido respeito a tais restrições. É o que ocorreria no caso da veiculação da publicidade de bebidas alcoólicas na televisão entre as 7 e as 21 horas e 30 minutos. Nesse caso, independentemente de outros responsáveis que porventura tenham sido identificados, será latente a responsabilidade do suporte publicitário.

Além disso, mister se faz ressaltar que na infringência dos artigos 8 (ausência de separador no início e no fim do espaço publicitário) e no n.º 2 do artigo 9 (publicidade oculta em programas produzidos via televisiva ou fotográfica) e no artigo 24 (publicidade domiciliária, que deve conter de forma clara e precisa o nome, domicílio e os demais elementos para identificação do anunciante), todos do Código da Publicidade, o titular do suporte poderá ser enquadrado por contra-ordenação, pois em tais casos não estaríamos nos referindo a mera difusão daquilo que foi informado pelo anunciante ou pela agência de publicidade, mas tão somente a aspectos relacionados com a “expertise” da execução do serviço especializado prestado pelo suporte.

### 3.5. As Celebidades e os Especialistas

De acordo com o jurista Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, há outra figura que, comumente, participa da publicidade e influência diretamente na decisão do consumidor. Trata-se dos artistas, pessoas públicas famosas, ou dos especialistas de produtos e serviços, que sem dúvida, exercem grande influência sobre os destinatários da mensagem publicitária ou sobre determinado grupo deles, dando-lhes, às vezes, uma falsa segurança sobre as qualidades do produto ou serviço, seja por afirmações, conselhos, recomendações, seja pela simples vinculação de sua imagem ou nome ao bem ou serviço. Assume, assim, a celebridade, diante do consumidor, uma posição de “garante”.

Esclarece Maria Luiza de Sabóia Campos que esse tipo de publicidade desencadeia “um comportamento no consumidor, em nível consciente e inconsciente, gerando uma resposta imediata devido ao conceito preexistente que se tem daquela pessoa ou grupo que está testemunhando a favor do produto, agregando-lhes valores como admiração, sucesso, riqueza, beleza, juventude, alegria, internacionalidade, tradição, notoriedade etc”.<sup>40</sup>

Não é outra a opinião do publicitário brasileiro Dudu de Carvalho, que em reportagem publicada no jornal Folha de São Paulo, sob o título “Gente Famosa Traz Retorno a Comercial”, afirma que parte do sucesso de seus comerciais está ligada ao uso de “gente famosa”. Cita como exemplos os comerciais do Biotônico Fontoura, do xampu Monange e do Vitasay, este com participação de Pelé. Disse o publicitário, em sua palestra, no ciclo de debates “Casos e Casos”, que “aparentemente o cachê é maior. Mas o retorno é melhor, porque o *recall* (lembração) é mais forte, o produto fica na memória do consumidor já na primeira inserção”. Encerra o publicitário a reportagem dizendo que “...procura sempre atores que estão no foco na mídia. Por exemplo, uso um ator que está na novela e veículo a propaganda no intervalo dela.”<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Publicidade: Responsabilidade Civil Perante o Consumidor. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 222.

<sup>41</sup> Arena do Marketing, Folha Invest, 5 de julho de 1999, p. 3-3.

Afirma Paulo Jorge Scartezzini Guimarães que o tomador da informação submete-se voluntariamente ou até involuntariamente à influência do informante porque confia na sua sinceridade, competência e conhecimento profissional.

Marcos Cobra, reconhecido publicitário brasileiro, citando Manolo Moran, afirma que “boa parte da credibilidade do produto pode ser reforçada ou não pela credibilidade do apresentador da mensagem. A credibilidade que as pessoas têm no apresentador é transferida imediatamente ao comercial. Por essa razão, o valor testemunhal é de grande importância para transferir credibilidade ao produto anunciado”.<sup>42</sup>

O instituto Ipsos-Asi do Brasil, que faz medição sistemática de comerciais de TV em todo o mundo, realizou estudo comparativo entre as performances dos anúncios que contam com a participação de celebridades e a média da performance de todos os demais anúncios.

Concluiu que, apesar de em algumas situações não ser conveniente a presença de pessoas famosas nos comerciais, uma vez que podem ofuscar o próprio produto, em regra, as celebridades garantem impacto efetivo, alta visibilidade e boa associação da história com o comercial.

Para o diretor desse instituto, Alan Liberman, o apelo deste recurso pode persuadir os consumidores, por mecanismos como a credibilidade e a atração. A credibilidade atua para gerar aceitação da influência desta celebridade, que pode ocorrer pela sua *expertise* (conhecimento para discorrer sobre o assunto) ou pela sua confiabilidade. A atração age por meio de imitação de um comportamento, da percepção de sucesso e realização associadas à posição desta celebridade, influenciando entre outros fatores a sua empatia, familiaridade e admiração. A melhor utilização deste recurso ocorre quando essa celebridade é considerada crível e atraente. Mas é necessário compreender qual destas características é prioritária, levando-se em consideração o conteúdo da mensagem, ou seja, quais as motivações envolvidas na determinação da preferência e como elas se relacionam com a resposta do destinatário ao estímulo da propaganda. Quando existe a necessidade de informação, uma fonte percebida como crível será mais persuasiva que uma

---

<sup>42</sup> O Impacto da Propaganda. São Paulo: Ed. Atlas, 1991, p. 46.



celebridade considerada atraente. “Em outras situações, em casos onde nosso ego fala mais alto, a atração parece ser mais persuasiva”.

No artigo publicado sobre esse assunto, tem-se a opinião de vários publicitários no mesmo sentido. Assim, por exemplo, Mauricio Guimarães, diretor de RTV da DM9DDB, diz que o segredo é usar a celebridade de forma pertinente, como no caso do comercial da cerveja Bavária, em que famosas duplas sertanejas (Zezé Di Camargo e Luciano, Chitãozinho e Xororó e Leandro e Leonardo) ajudaram o produto a obter resultados altamente positivos.

Ao tratar dos fatores de influência na mente dos destinatários, Armando Sant’Anna<sup>43</sup> alude a uma combinação de três fatores, quais sejam, sugestão, imitação e empatia, para demonstrar a viabilidade do uso de celebridades na composição da peça publicitária.

A sugestão, na visão do renomado publicitário, “significa uma idéia ou um plano de ação que o indivíduo aceita incondicionalmente. É a faculdade de aceitarmos uma idéia exterior sem exame, sem a submeter a uma crítica, sem termos um fundamento racional. Ela atua através do sentido afetivo da mente e não através do conteúdo racional”.

No caso em exame, a sugestão oriunda de uma celebridade surge amparada no prestígio que aquele ente possui na opinião pública, ou seja, a sugestão emana do testemunho de pessoas com autoridade para falar no assunto.

A imitação pode surgir a partir do exemplo oferecido por aquela pessoa que possui conceito no seu ramo de atividade ou que esteja em constante exposição na mídia. É o caso, por exemplo, da atriz que esteja interpretando uma carismática cozinheira na novela das oito horas da noite e no intervalo comercial apareça utilizando o tempero “X” como o segredo dos seus apetitosos petiscos.

A empatia, segundo o publicitário Armando Sant’Anna, é o aspecto coletivo ou sentimental da sugestão-imitação. É a capacidade de nos identificarmos espiritualmente com outras pessoas, experimentar os mesmos sentimentos que elas experimentam, ou viver mentalmente situações que desejaríamos experimentar.

---

<sup>43</sup> Propaganda: técnica da comunicação industrial e comercial. São Paulo: ed. Atlas, 1986, pp. 92-93.

No caso da publicidade, a celebridade que testemunha que era fraca e gorda e que em um curto espaço de tempo atingiu a perfeição física (para os padrões atuais) tão somente ingerindo cápsulas de um determinado moderador de apetite ou utilizando um cinturão especial, é quase certo que a imaginação do receptor da mensagem se ponha a trabalhar e, por empatia, a pessoa se veja logo com o corpo da celebridade desde que consuma o produto veiculado.

Reconhecendo, no testemunho, técnica capaz de conferir maior força de comunicação, persuasão e credibilidade à mensagem publicitária, o Código de Auto Regulamentação Publicitária brasileiro, em seu anexo "Q", faz várias recomendações. Entre elas – nos casos de especialistas/peritos –, o anúncio deverá sempre nomear o depoente e apresentar com fidelidade a sua qualificação profissional ou técnica; o produto anunciado deverá ter estrita correlação com a especialidade do depoente; o anúncio que se apoiar em testemunho isolado de especialista ou perito não deverá causar impressão de que ele reflita o consenso da categoria profissional, da entidade ou da associação a que, eventualmente pertença. Nos casos de testemunhos de pessoas famosas, o anúncio deverá, mais do que qualquer outro, observar rigorosamente as demais observações das normas do Código; ele não deverá ser estruturado de forma a inibir o senso crítico do consumidor em relação ao produto; será proibido o anúncio que atribua o sucesso da testemunha ao produto, salvo se tal fato puder ser comprovado etc.

Avançando mais ainda no reconhecimento da relevância dos depoimentos dos especialistas nas peças publicitárias, o Código da Publicidade português, em seu artigo 15, trata especificamente da publicidade testemunhal, impondo, entre outros deveres, o respeito ao princípio da veracidade, para que os destinatários não sejam enganados, não sendo por outro motivo que na legislação portuguesa a publicidade testemunhal deve integrar depoimentos personalizados, genuínos e comprováveis, ligados à experiência do depoente ou de quem ele represente.

Inclusive, o responsável pela contra-ordenação porventura praticada em decorrência da publicidade testemunhal, à luz do artigo 36 do Código da Publicidade Português, deverá ser penalizado com a imposição da coima devida.

Portanto, tomando a informação correta como um direito básico do destinatário, a responsabilidade da celebridade terá lugar, desde que

não induzida a erro pelo anunciante ou pela agência de publicidade, quando nos anúncios se disser algo ou, mesmo sem o uso da palavra, mostrar-se ou demonstrar-se algo falso, que possa induzir o consumidor em erro ou que viole a ordem pública, os princípios morais, éticos etc.

Assim, desde que obtenha as informações do anunciante ou da agência de publicidade e limite-se a não testemunhar inverdades relacionadas com a sua experiência, pode a celebridade fazer afirmações por meio de testemunhos ou não, recomendando, aconselhando ou dando informações aos consumidores sobre o produto ou serviço, bem como apenas ceder sua imagem, vinculando-a ao bem ofertado e aos dizeres inseridos no anúncio.

Note-se que ao firmarmos o convencimento de que a celebridade deve cumprir com o dever de veracidade nos seus testemunhos, conselhos, recomendações e informações, não estamos aqui nos referindo aos manifestos exageros ou hipóboles empregados na publicidade, facilmente constatáveis pelo homem médio, com capacidade para discernir entre a realidade e o excesso, a fantasia, o mundo ficcional que originou aquilo que foi veiculado, o que, como adiante veremos, não importa em excluir de apreciação alguns superlativos passíveis de verificação, desde que possa ser delimitado certo círculo de abrangência.

Essa questão está umbilicalmente relacionada com a licença publicitária (*puff*), pois, de acordo com as lições do jurista brasileiro Adalberto Pasqualotto “o homem não ignora a fantasia, também vive dela e, segundo os padrões normais, sabe separá-la da realidade. Portanto, as mensagens publicitárias podem habitar esse mundo onírico desde que não enganassem o público no essencial, naquilo que possam conter de suficientemente preciso”.<sup>44</sup>

Entretanto, no presente momento a tendência é de que o “*puff*” seja tolerado, respeitando-se o limite da objetividade e da veracidade, ou seja, adjetivos do tipo “único”, “melhor”, “primeira classe”, “sem igual”, entre outros, impõem uma comprovação da correspondência entre o conteúdo da mensagem publicitária e as reais qualidades do produto ou serviço, podendo, conseqüentemente, originar, em caso de

---

<sup>44</sup> *in* Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 96.

não comprovação, a responsabilidade civil e contra-ordenacional dos sujeitos da atividade publicitária, inclusive, das celebridades na condição de responsável solidário.

Exemplificadamente, na hipótese de a celebridade afirmar, por exemplo, que a bebida "X" lhe "dá asas" não haverá de se cogitar em responsabilidade por infringência ao princípio da veracidade, pois ao homem médio<sup>45</sup> é facilmente identificável o exagero daquilo que em tese teria sido testemunhado, mas que de fato nada mais é do que uma licença publicitária visando uma amplificação da realidade em relação ao próprio produto.

De fato, em muitas situações é muito tênue a linha que separa a ausência da responsabilidade da celebridade na publicidade. Isso ocorrerá principalmente quando a celebridade somente associar a sua imagem a um determinado produto, sem ofertar qualquer informação, depoimento ou recomendação, motivo pelo qual, entendemos que nesses casos haverá lugar à responsabilidade civil somente nos casos de incompatível associação da imagem ou do nome da celebridade com produtos com os quais seja incompatível.

Dáí decorre que a nosso ver, independentemente de exarar testemunho ou recomendação, é absolutamente incompatível a veiculação da imagem de um atleta consumindo bebidas alcoólicas ou tabaco, e até mesmo a relação da sua imagem com o consumo habitual de hambúrgueres, face a comprovada nocividade de tais produtos à saúde dos destinatários da mensagem e a manifesta incompatibilidade dos mesmos com o sucesso obtido pelo esportista e o esporte.

Outro caso de difícil caracterização da responsabilidade da celebridade junte-se aos casos em que a mesma apenas empresta a sua voz para determinada personagem (p.e.: desenho). Nesse caso, a personalidade somente responderia caso fosse evidente o potencial lesivo

---

<sup>45</sup> Considerando que a indução em erro não está limitada ao conteúdo da mensagem, mas também ao espírito crítico, inteligência e ao discernimento do destinatário da publicidade, entendemos que os exageros eventualmente praticados por conta da técnica publicitária deverão ser contrastados com o eventual grau de ingenuidade do público destinatário da peça veiculada, inclusive em casos envolvendo idosos e crianças.

(abusividade) do testemunho ofertado pela personagem perante os destinatários daquilo que está sendo interpretado. É que dependendo do caso, não se poderá admitir que a celebridade se oculte através da personagem para disseminar o preconceito racial, por exemplo.<sup>46</sup> Contudo, a princípio podemos afirmar que a simples interpretação de uma personagem em nada vinculará a celebridade ao dever de indenizar, salvo em casos extremos como o acima sugerido.<sup>47</sup>

No entanto, tendo em vista a não taxatividade legal das espécies de publicidade ilícita, para a caracterização do ilícito por parte da celebridade ou do perito, esboçamos uma cláusula geral capaz de subsumir, a menos a priori, as espécies de ilicitude decorrentes da participação da celebridade ou do especialista na mensagem publicitária. Assim que para a caracterização da responsabilidade civil e/ou contra-ordenacional da celebridade, independentemente do exame caso-a-caso, oferecemos os seguintes critérios de identificação:

- a) a afirmação deve ter sido conferida em caráter pessoal, ou seja, o artista não estava interpretando uma personagem. Caso o artista estiver interpretando uma personagem, a sua responsabilidade ficará condicionada a abusividade do conteúdo da peça publicitária, pois seria perfeitamente exigível da celebridade uma conduta social diversa daquela que, por exemplo,

---

<sup>46</sup> Na publicidade abusiva não se cogita de informações, mas de valores. A rigor, nada existe para provar, apenas para valorar. Os conceitos são ideais, não existem conteúdos materiais, sendo que o julgamento será feito no cotejo dos valores invocados pelo pretenso ofendido face o conteúdo da mensagem, motivo pelo qual, uma vez identificada a abusividade da mensagem, a nosso ver, poder-se-á perfeitamente cogitar a responsabilidade da celebridade, salvo em caso de haver sido inequivocamente induzir a erro pelo anunciante ou pela agência de propaganda.

<sup>47</sup> A Diretiva 84/450, da Comunidade Européia não contempla a abusividade, versando apenas sobre enganosidade em face dos destinatários da mensagem e da concorrência. A Diretiva 89/552, que se aplica apenas às transmissões de televisão emitidas em um Estado-membro e captadas em outros (televisão transfronteiras), excluindo as transmissões exclusivamente internas, vedou a publicidade atentatória contra a dignidade humana, as convicções religiosas e políticas, discriminatória em razão de raça, sexo ou nacionalidade, e estimuladora de comportamentos prejudiciais à saúde, à segurança e ao meio ambiente.

incita o ódio racial ou o preconceito contra pessoas contaminadas com o vírus da SIDA, independentemente de a informação haver decorrido de uma interpretação pois, caso contrário, estaríamos legitimando a disseminação da abusividade do conteúdo publicitário em casos envolvendo as celebridades que se ocultam através de personagens;

- b) em decorrência da afirmação da celebridade deve decorrer a sua condição de “garante” do produto ou serviço, o que sucederá, por exemplo, na hipótese de a celebridade indevidamente atribuir o seu sucesso ou um seu atributo especial (por exemplo: beleza) ao uso de um determinado produto ou serviço, razão pela qual a publicidade testemunhal deverá integrar depoimentos genuínos e comprováveis, ligados à experiência do depoente ou de quem ele represente. Inclusive, o emérito jurista português Sinde Monteiro<sup>48</sup> esclarece que por garante de uma disposição é designada uma pessoa que está com uma outra numa relação de confiança, que do ponto de vista do que confia suporta a garantia pelo sentido de uma disposição, nessa medida, deve o conceito ser limitado, no caso de uma eventual frustração da confiança, ao interesse negativo. Esta responsabilidade não seria pré-contratual, nem se integrando na tradicional dicotomia contrato-delito, existindo autonomamente e com independência destas. Aí se estabelece que a obrigação de indenizar existe, porém, quando o especialista, por exemplo, tenha assumido a responsabilidade pelo resultado decorrente do uso de determinado produto ou serviço, justamente por ter negligenciado a veracidade durante a recomendação;
- c) a afirmação, com conotação enganosa ou abusiva, deve ser capaz de induzir o destinatário a erro, motivo pelo qual, deverá ser aferida objetivamente, de acordo com o conteúdo da publicidade veiculada e o grau de ingenuidade dos destinatários, devendo ser afastada de qualquer consideração de inexistência

<sup>48</sup> Monteiro, Jorge Ferreira Sinde. Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 496.

de má-fé, pois a ilicitude ocorrerá independentemente da vontade de lesar;

- d) a celebridade ou o especialista, este último com muito mais intensidade, devem testemunhar, recomendar ou aconselhar de forma diligente, ou seja, devem previamente obter do anunciante ou do especialista as informações relativas às qualidades do produto ou serviço que será veiculado, sendo inadmissível que afirme textualmente, por exemplo, que o produto “X” é o melhor e mais barato do mercado se não dispõe de tal informação (mesmo que elaborada unilateralmente pelo anunciante). Tal conclusão decorre do fato de que é incontroverso que a negligência, como modalidade da culpa, também constitui dever de indenizar. Isso também se aplica ao caso da cessão dos direitos de imagem, já que, é intolerável que uma celebridade, com o seu reconhecido poder de persuasão na massa consumidora em geral, seja relacionada com a propaganda de cunho abusivo, sem ao menos se prevenir (seja por meio de contrato ou a partir do recolhimento de informações sobre o produto ou serviço) do indevido uso da sua imagem.

No que tange especificamente aos chamados peritos, que possuem reconhecimento técnico na sua área de atuação e não poderiam exarar as inverdades eventualmente contidas no seu testemunho acerca de determinado produto ou serviço, entendemos ser latente a responsabilidade dos mesmos, visto que lhes seria perfeitamente exigível o conhecimento das propriedades daquilo que estaria sendo veiculado.

Salienta-se que a responsabilidade da celebridade ou do perito também pode ser exigida por parte dos concorrentes, que porventura foram prejudicados por alguma comparação com dados totalmente equivocados, como por exemplo, no caso da nutricionista que indevidamente apregoa ao produto veiculado a condição de menos calórico do mercado, salvo se fora induzida a erro por parte do anunciante, que porventura houvesse lhe apresentado uma análise laboratorial falsa.

Inserido no contexto das condições para a imputação da responsabilidade está o caso do atleta afirma textualmente que somente utiliza a marca de tênis “X”, quando na verdade jamais a utilizou para a

prática esportiva. Em tal caso entendemos ser até mesmo desnecessário averiguar se tal afirmação é capaz de induzir o consumidor a erro, visto que estaríamos diante de um depoimento pessoal da celebridade, ou seja, ela assume para si a responsabilidade pela incorreção daquilo que fora veiculado. Dessa forma, uma vez tendo sido recentemente flagrado (p.e.: através de foto publicada em cadernos esportivos) utilizando um tênis da marca "Y", terá lugar a responsabilidade contra-ordenacional e civil da celebridade do esporte.

No entanto, conforme acima salientado, em situações quando, por exemplo, o artista ou o esportista somente empresta a sua imagem para veiculação de determinado produto torna-se mais nebulosa a caracterização do ilícito, pois não existe o testemunho ou a recomendação acerca das qualidades do produto ou serviço, não havendo como se exigir da personalidade o profundo conhecimento daquilo que foi veiculado.

Sob a ótica da prevenção jurídica, recomendamos no caso de artistas e demais personalidades, que antes de participarem de campanhas publicitárias exijam dos anunciantes e das agências de publicidade todas as informações acerca das qualidades do produto ou serviço a ser veiculado, justamente para, em caso de necessidade, demonstrarem que agiram diligentemente e testemunharam fatos alicerçados nos documentos fornecidos pelo contratante. E no caso da autorização do direito de imagem ou palavra, indica-se que se formalize a contratação por meio do devido instrumento de contrato, para que a utilização ocorra somente para o fim publicitário acordado, pois é notório que a negligência também é fator de responsabilização civil e contra-ordenacional.

Ao considerarmos que a celebridade pode colaborar para o advento da mensagem ilícita, bem como para sua posterior veiculação ao público, a teor do que dispõem o parágrafo único, do artigo 7.º e o parágrafo primeiro do artigo 25, ambos do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, a celebridade é solidária com os demais entes envolvidos na produção publicitária, sendo que, pode o consumidor ou as demais pessoas previstas no artigo 82 do referido diploma legal, à sua escolha, propor a ação contra todos, alguns ou contra apenas um dos causadores do dano, de acordo com a conveniência de cada caso concreto.



No âmbito do direito português entendemos também ser absolutamente pertinente o enquadramento das celebridades nas disposições do artigo 30 do Código da Publicidade, eis que, conforme retratado, podem ser perfeitamente enquadradas entre os agentes que exercem a actividade publicitária.

Além disso, sublinhou o jurista português Sinde Monteiro que “se o dano consiste na própria celebração do contrato, em virtude de indução negligente em erro, sobretudo de “parceiros contratuais inexperientes”, a desvinculação por via indemnizatória poderá ser de aceitar como uma correção ou aperfeiçoamento ao direito feito, em consonância com valores de escalão constitucional, com outros reflexos a legislação ordinária, os quais impõem um maior relevo da boa fé e protecção da parte mais fraca (em geral, mas não necessariamente, o consumidor)”.<sup>49</sup>

Ademais, no plano das contra-ordenações, o artigo 36 do Código da Publicidade português, dispõe que “são punidos como co-autores das contra-ordenações previstas no presente diploma o anunciante, a agência de publicidade ou qualquer outra entidade que exerça a actividade publicitária, o titular do suporte publicitário ou o respectivo concessionário, bem como qualquer outro interveniente na emissão da mensagem publicitária”.

Frise-se que para efeito contra-ordenacional a celebridade e o perito poderão ser perfeitamente enquadrados entre os intervenientes da emissão da mensagem publicitária, ou seja, entre aqueles que atuam na produção publicitária.

Dessa forma, torna-se patente o objetivo da lei em enquadrar todos aqueles que atuam desde a criação até a produção e a veiculação da publicidade para fins contra-ordenacionais.

Ora, sob a nossa ótica, seria pouco razoável imaginarmos, a partir da interpretação dos artigos 30 e 36 do Código da Publicidade que o legislador não atribuiu às celebridades e aos peritos a responsabilidade civil decorrente da veiculação publicitária, pois caso contrário, concluiríamos indevidamente que os mesmos somente poderiam responder contra-ordenacionalmente, o que seria um contra-senso.

---

<sup>49</sup> Monteiro, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 379/380.

Sem prejuízo, conforme alhures frisado, o legislador, reconhecendo no testemunho publicitário grande potencial lesivo, dispôs no artigo 15 do Código da Publicidade a obrigatoriedade de respeito ao princípio da veracidade na publicidade testemunhal, sob pena de imposição de coima (artigo 36 do Código da Publicidade)<sup>50</sup>.

Como se tudo isso não bastasse, tanto no Brasil quanto em Portugal poder-se-ia invocar a responsabilidade civil das celebridades e dos peritos com base nas regras ordinárias da responsabilidade civil, previstas em ambos os ordenamentos jurídicos.

Destarte, para a configuração da responsabilidade civil da celebridade ou do perito, no direito português, dependendo do caso concreto, a mesma subsistirá conjuntamente com a responsabilidade de outros sujeitos da atividade publicitária, ou seja, o anunciante ou a agência de publicidade, ou ambos. Tudo dependerá da conduta adotada pela celebridade face as informações que porventura recebeu do anunciante e da agência de publicidade, bem como do seu grau de especialidade quanto às características e qualidades do produto ou serviço veiculado. Entretanto, desde que preenchidos os requisitos apresentados no presente estudo, entendemos ser perfeitamente admissível a responsabilidade daquele que atua como garante de um produto ou serviço propagandeado.

#### 4. Causas Exonerativas de Responsabilidade

Dadas as peculiaridades do direito da publicidade no que se refere às responsabilidades contra-ordenacional e civil, inexoravelmente as mesmas também serão encontradas em sede de exoneração da responsabilidade, motivo pelo qual neste momento preferimos evitar a pura

---

<sup>50</sup> O artigo 15 do Código da Publicidade português dispõe que “a publicidade testemunhal deve integrar depoimentos personalizados, genuínos e comprováveis, ligados à experiência do depoente ou de quem ele represente, sendo admitido o depoimento despersonalizado, desde que não seja atribuído a uma testemunha especialmente qualificada, designadamente em razão do uso de uniformes, fardas ou vestimentas características de determinada profissão”.

análise das já conhecidas causas de exclusão de responsabilidade civil, para, considerando as diferenças existentes nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal, traçar as bases para uma melhor compreensão das causas de exoneração de responsabilidade, aplicando-as a situações concretas, vivenciadas no dia-a-dia daqueles que atuam na seara da publicidade.

#### 4.1. No Brasil

No ordenamento jurídico brasileiro, em que pese ser de domínio que nas relações de consumo incide a responsabilidade civil objetiva por parte do anunciante que patrocinou a peça publicitária, poderá o requerido, no exercício do seu regular exercício de defesa, além da prescrição do direito do ofendido, alegar a sua não participação na publicidade.

Isso ocorreria, por exemplo, na hipótese de um anúncio veiculado por uma determinada empresa, que não se confunde com a que no momento está sendo acionada, ou quando na publicidade haja comparação entre produtos similares pertencentes a diversos concorrentes, e indevidamente se atribua somente ao líder de vendas da categoria a condição de pior produto existente, sem possuir qualquer embasamento técnico para tal afirmação.

Entendemos que na hipótese de serem acionados pelo líder de vendas no mercado, caberá aos concorrentes relacionados na comparação a alegação de fato de terceiro, eis que não concorreram para a consecução do dano.

Ademais, tem o anunciante a alegação de inexistência do vício do produto ou serviço, ou seja, que a publicidade não é enganosa ou abusiva. Note-se que nesse caso, também em virtude do princípio da veiculação, caberá ao anunciante o ônus de provar as suas alegações.

Não são raros os casos de consumidores que se sentem ofendidos por publicidade de supermercados que dizem oferecer os melhores preços do mercado para determinados produtos, mas quando comparam ao estabelecimento para adquirir os bens anunciados não conseguem adquiri-los nas condições anteriormente oferecidas.

Nesse caso, entendemos que caberia ao anunciante provar as eventuais ressalvas estampadas na sua peça publicitária para demonstrar a licitude da mesma ou comprovar que efetivamente os produtos ofertados possuem os melhores preços do mercado.

Seria o caso do encarte, no qual está previsto o prazo de duração da promoção e o número de peças disponíveis para consumo.

Ora, se ultrapassado o prazo no qual o anunciante se obrigou a garantir a promoção, não pode o consumidor exigir o adimplemento daquilo que não foi oferecido.

No caso de alegação de abusividade, deverá o anunciante demonstrar que a sua peça publicitária não é discriminatória, a partir da melhor interpretação a ser conferida ao teor do anúncio.

Tanto na chamada publicidade enganosa quanto na abusiva, também pode o anunciante, nas hipóteses em que inexistente presunção de dano, demonstrar que o mesmo não existiu. É o que se infere dos casos onde inexistente nexos de causalidade entre a peça publicitária veiculada e a conduta do consumidor. Isso se verifica nos casos em que o consumidor alega que foi influenciado a efetuar diversas compras com o seu cartão de crédito, por conta do anúncio de que quanto mais usasse mais chances teria de ganhar um carro, sendo que, uma vez realizado o sorteio não logrou receber o prêmio. Não se pode dizer que o dissabor do consumidor, que não venceu o concurso, decorra de qualquer ato ilícito por parte do anunciante, visto que inexistente qualquer nexos de causalidade entre a propaganda e o resultado negativo suportado pelo consumidor.

Existem casos em que, por alguma deficiência no momento da impressão do anúncio, por exemplo, alguns preços podem ser divulgados erroneamente. É o caso do televisor 20 polegadas anunciado por 10,00, sendo que certamente o seu valor de mercado é de 100,00. Nesses casos, por entendermos que a boa fé deve estar presente em toda a relação e se aplica tanto ao consumidor quanto ao anunciante, poderá o responsável pela publicidade demonstrar que era flagrante a ineficácia daquilo que foi veiculado, e que aquilo jamais poderia ser compreendido como verdadeiro. Contudo, até mesmo por uma questão de respeito à massa de consumidores, deverá o anunciante arcar com o ônus de publicar uma errata com a maior brevidade possível, a fim de evitar

que pessoas sejam indevidamente levadas a acreditar que aquilo que foi anunciado realmente é factível.

Nos casos envolvendo não consumidores, teria o anunciante e os demais sujeitos da actividade publicitárias todos os demais meios de defesa previstos no Direito Civil, tais como: fato de terceiro, responsabilidade exclusiva da vítima, exercício regular de direito, força maior ou caso fortuito, inexistência de dano ou de nexó de responsabilidade, entre outros.

#### 4.2. Em Portugal

No sistema jurídico português, além da prescrição, prevista no artigo 530 do Código Civil, o artigo 30 n.2 do Código da Publicidade confere ao anunciante o direito de se exonerar da responsabilidade civil caso prove que não teve conhecimento prévio da mensagem publicitária veiculada.

Poderá ocorrer, outrossim, que o anunciante atribua a responsabilidade a um sujeito da actividade publicitária que efetivamente não concorreu com dolo ou culpa (condição para o dever de indenizar). Nesse caso, embora seja de domínio que o ônus da prova pertence ao anunciante, poderá o imputado, inclusive, nomear o autor do ilícito, como no caso da agência de publicidade que comprova que o suporte foi o responsável pelo equívoco praticado quando da impressão do fotolito.

Sem prejuízo, dado que as normas do direito civil podem ser aplicadas subsidiariamente às questões decorrentes do Código da Publicidade, terão os sujeitos da actividade publicitária, à sua disposição, todas as formas de defesa previstas no Direito Civil, tais como: responsabilidade exclusiva da própria vítima (que não teria atentado para o prazo da promoção), fato de terceiro (daquele que porventura teria ocasionado a ilicitude da peça publicitária), ausência de comprovação de dano ou do nexó de causalidade por parte do suposto ofendido, entre outros.

## CONCLUSÕES

Com a intensificação do processo de concentração econômica e a transformação do mercado livre, indubitavelmente cada vez mais competitivo, também devido ao fenômeno da globalização, que imprimiu grande velocidade na transferência e na aquisição de bens e serviços, sobretudo as chamadas empresas transnacionais, necessitando viabilizar o grande volume de vendas dos produtos produzidos em larga escala, disputam acirradamente a preferência no mercado de consumo.

No que diz respeito ao tema tratado no presente estudo, a disputa pela preferência do consumidor inicia-se com a estratégia de *marketing* elaborada internamente na empresa ou com o auxílio de empresas de consultoria especializadas no assunto, sendo que após os chamados sujeitos da atividade publicitária tomarão parte na consecução e veiculação da peça publicitária.

No presente estudo pudemos identificar que além do anunciante, outros entes também poderão responder pelos danos patrimoniais ou morais porventura ocasionados por conta da veiculação da publicidade. De fato, tanto o profissional publicitário, as agências de publicidade, as centrais de compra e distribuição de espaço de mídia, e os suportes publicitários poderão ser responsabilizados pelos danos causados aos consumidores, aos profissionais e até mesmo aos concorrentes.

No entanto, ao compararmos o ordenamento jurídico brasileiro com o português pudemos identificar que a responsabilidade civil, sobretudo quando o ofendido for consumidor (no Brasil) ou no caso de a questão envolver entes públicos (Portugal), assumirá contornos diferenciados nos dois países.

É que o Código de Defesa do Consumidor brasileiro prevê a responsabilidade objetiva dos anunciantes, independentemente de o mesmo ter agido de boa fé nas tratativas para a produção e veiculação da peça publicitária. Indubitavelmente, dependendo do caso concreto, poderá o anunciante chamar para responder solidariamente perante o consumidor aquele que efetivamente causou o dano. Entretanto, no direito do consumidor brasileiro o anunciante jamais poderá elidir a sua condição de devedor solidário perante o consumidor pelos danos porventura decorrentes da veiculação da peça publicitária.

Isso importa sublinhar que no Brasil está havendo uma considerável concentração do mercado publicitário, posto que os anunciantes, como medida preventiva, preferem contratar com empresas que sabidamente possuam condições de fazer frente a uma eventual responsabilização por danos ocasionados ao consumidor, aos concorrentes ou aos profissionais.

No ordenamento jurídico brasileiro também podemos constatar que somente ao consumidor foi destinado um sistema especial de proteção, visto que os demais destinatários da mensagem publicitária e os concorrentes deverão, em caso de necessidade, recorrer às vias ordinárias da responsabilidade civil para provar a culpa, o dano e o nexo de causalidade a fim de viabilizar a reparação pretendida. Ao impor ao anunciante a responsabilidade civil objetiva decorrente da aplicação do princípio da vinculação publicitária, nos casos envolvendo consumidores haverá uma limitação da legitimação passiva, visto que o consumidor somente poderá acionar a agência e o veículo quando comprovadamente agirem com culpa.

Diversamente disso, em Portugal todos os agentes da atividade publicitária estão legitimados para responderem individual ou solidariamente pelos danos ocasionados aos destinatários da mensagem publicitária ou aos concorrentes. No entanto, insta frisar que em Portugal, exceto nos casos de contra-ordenação (n.º 3 do artigo 11 do Código da Publicidade, que prevê a inversão do ônus da prova ao anunciante), caberá ao ofendido o ônus da prova da culpa, do dano, e do nexo de causalidade.

De qualquer forma, em termos práticos, salvo em casos de flagrante culpa das agências e dos suportes publicitários, a responsabilidade inicialmente será invocada face o anunciante, pois, além de ser o responsável pela veiculação, é ao mesmo que a publicidade aproveita.

Entretanto, em Portugal, no n.º 2 do artigo 30 do Código da Publicidade está previsto que os anunciantes poderão eximir-se da responsabilidade caso provem não ter tido prévio conhecimento da mensagem publicitária veiculada, o que sugere que uma vez comprovado que não agiu com dolo ou culpa (negligência) poderá o anunciante sinalizar aquele que efetivamente deverá responder pelo prejuízo indevidamente ocasionado. É que nessa hipótese, poderá o destinatário

invocar a responsabilidade solidária de todos aqueles que participaram da produção e veiculação da peça publicitária.

No nosso entendimento, considerando a complexidade das etapas de criação, produção e de veiculação da peça publicitária, e, sobretudo, a dificuldade em se determinar a responsabilidade do ente da atividade publicitária responsável pelos danos porventura ocasionados, a melhor forma de se divisar a responsabilidade passa pela imposição ao anunciante de apresentar provas de exatidão material dos dados de fato contidos na publicidade (inversão do ônus da prova). Essa prova, dependendo do tipo de publicidade veiculada, poderá cingir-se a pesquisas de mercado, o *briefing*, ou seja, os elementos informativos mínimos sobre o produto ou serviço e sobre as suas expectativas, comprovadamente transferidas à agência de publicidade ou ao suporte publicitário, sendo que essa massa de informações poderá resultar de elementos descritivos e informativos, tanto sobre o produto ou serviço como também sobre seu mercado; e elementos descritivos do modo de atuação da empresa, dos seus objetivos e estratégias.

Diante disso, embora favoráveis à inversão do ônus da prova, convencemo-nos de que é inapropriado impor-se ao anunciante o ônus de indenizar sem que o mesmo haja concorrido sequer com culpa na causação do dano.

Por outro lado, tanto o suporte quanto a agência de publicidade também devem cerca-se de instrumentos preventivos, pois, em caso de necessidade, poderão demonstrar que as informações veiculadas decorreram do próprio anunciante (por meio do “briefing”), bem como que a publicidade fora aprovada pelo anunciante antes da sua veiculação, visto que o “plano de mídia” obterá o “de acordo” por parte do contratante.

Sem prejuízo, ao divisarmos a responsabilidade dos demais agentes da atividade publicitária, pudemos depreender a responsabilidade das celebridades e dos especialistas que participam da mensagem na condição de garante do produto ou serviço.

Note-se que não estamos nos referindo aos casos em que uma celebridade apenas interpreta uma personagem, estamos sim nos referindo aos depoimentos, conselhos e recomendações de caráter pessoal que pelo seu altíssimo poder de persuasão na sociedade poderão induzir



os destinatários a erro. É o caso, por exemplo, do ator que atesta que somente emagreceu e atingiu a chamada perfeição física utilizando um cinturão, sendo que posteriormente verifica-se que na verdade recorreu a inúmeras cirurgias plásticas.

Outro aspecto importante relacionado com as celebridades e os especialistas diz respeito aos casos de uso de imagem, som, palavra ou obra alheia. Nestes casos, embora seja inconteste a dificuldade de comprovação de que a celebridade tenha agido com culpa, somos de posição favorável à estipulação das condições de uso a partir do chamado contrato de utilização de imagem, obra e/ou palavra, visto que atuando em questões jurídicas envolvendo anúncios publicitários, pudemos constatar que não são poucos os casos em que a celebridade também figura como vítima do uso inadequado da sua imagem. Todavia, no mais das vezes, até mesmo por falta de um assessoramento técnico, a celebridade tem a sua trajetória profissional abalada sem poder reagir contra o uso desvirtuado da sua imagem, justamente por não haver estipulado convenientemente as condições do uso concedido.

E o pior, não se pode olvidar que a negligência também é punível para efeitos de responsabilidade civil e contra-ordenacional.

Destarte, o que vislumbramos com a consideração da responsabilidade das celebridades e dos especialistas é inviabilizar os danos decorrentes de ambições de cunho meramente financeiro, fruto da desídia daqueles que se afastam da realidade dos fatos ou de preceitos éticos e morais perfeitamente exigíveis, para “garantir” produtos que sequer conhecem ou procuraram conhecer, sem ao menos solicitarem ao anunciante ou à agência de publicidade informações adequadas das qualidades daquilo que vai ser veiculado.

## BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os Direitos dos Consumidores*. Coimbra: Ed. Almedina, 1982.
- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda e outros. *Código do Consumidor Comentado e Legislação Correlata*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Ed. Almedina, 1997.
- BENJAMIN, Antônio Hermam Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Ed. forense Universitária, 7.<sup>a</sup> edição, 2001.
- \_\_\_\_\_. *O Controle Jurídico da Publicidade*, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 9, São Paulo: Ed. RT.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Defesa do Consumidor: a reparação de danos morais em relações de consumo*. Revista de Direito do Consumidor, n.º 22, São Paulo: Ed. RT.
- \_\_\_\_\_. *O Controle da publicidade: sancionamento e mensagens enganosas e abusivas*. in Revista de Direito do Consumidor, n.º 4, São Paulo: Ed. RT.
- CABRAL, Plínio. *Propaganda: técnica da comunicação industrial e comercial*. São Paulo: Ed. Atlas, 1986.
- CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la Consommation*. 3.<sup>a</sup> edição. Paris: Dalloz-Sirey, 1992.
- CAMPOS, Maria Luíza de Sabóia. *Publicidade: Responsabilidade Civil Perante o Consumidor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1996.
- CHAVES, Rui Moreira. *Código da Publicidade Anotado*. Coimbra: Almedina, 1996.
- COBRA, Marcos. *O impacto da propaganda*. São Paulo: Ed. Atlas, 1991.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991.
- DENARI, Zelmo. *A comunicação social perante o CDC*. in Revista de Direito do Consumidor, n.º 4, São Paulo: Ed. RT.
- GRACIOSO, Francisco. *Propaganda*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

- GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Responsabilidade por vícios nas relações de consumo*. in Revista de Direito do Consumidor, n.º 14, São Paulo: Ed. RT.
- LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*. São Paulo: RT, 1997.
- LOPES, Maria Elisabeth Vilaça. *O Consumidor e a Publicidade*. in Revista de Direito do Consumidor, n.º 1, São Paulo: RT.
- LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor. Aspectos práticos – Perguntas e respostas*. São Paulo: RT, 1995
- MANZO, José Maria Campos. *Marketing – Uma Ferramenta para o Desenvolvimento*. 3.ª edição, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1971.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- . *Vinculação Própria Através da Publicidade? A Nova Visão do Código de Defesa do Consumidor*. In Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 10.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*. Coimbra: Almedina, 1989.
- MUKAI, Toshio e outros. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.
- NERY, Nelson. *Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor*. in Revista de Direito do Consumidor, n.º 1, São Paulo: Ed. RT.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *A Publicidade e o Direito do Consumidor*. in Revista Justitia, órgão oficial do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, n.º 160.
- PASQUALOTTO, Adalberto. *Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

- 
- PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. *Concorrência desleal por meio da publicidade*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001.
- PINTO, Paulo Mota. *Direito da Publicidade – apontamentos das aulas do ano lectivo 1999/2000*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999.
- PITOFSKY, Robert. *Beyond nader: consumer protection and the relation of advertising*. in “Harvard law review, v. 90, n.º 4, 1977.
- RAMSAY, Iain. *O Controle da Publicidade em um Mundo Pós-Moderno*. in Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 04.
- ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *A Oferta no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Lemos Editorial Ltda., 1997.
- SANT’ANNA, Armando. *Propaganda – Teoria, Técnica e Prática*. 7.ª edição, São Paulo: Editora Thomson Pioneira, 1998.
- SIMÕES, Roberto. *Iniciação ao Marketing*. São Paulo: Editora Atlas, 1998.
- VARELA, Antunes. Lima, Pires. *Código Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2.ª Edição, vol. I, 1979.



## Legislação



## LEGISLAÇÃO RELEVANTE EM MATÉRIA DE DIREITO DO CONSUMIDOR\*

JANEIRO DE 2004 A JULHO DE 2005

**Decreto-lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro** – Transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno.

Neste ensejo, e apesar de se ter optado por um diploma cujo âmbito é fundamentalmente o da Directiva, aproveitou-se para regulamentar alguns pontos na ordem jurídica portuguesa que não recebem tratamento naquela.

Outra importante tarefa prendeu-se com a compatibilização com legislação já existente ou em fase de preparação. Na verdade, o diploma comunitário pressupõe o conteúdo de outras directivas, algumas das quais já transpostas para o ordenamento jurídico interno. Assim, pensamos sobretudo na directiva sobre contratos à distância, transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, bem como na directiva sobre a comercialização à distância de serviços financeiros, que está em trabalhos de transposição. (cf. Preâmbulo do Decreto-lei)

**Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro** – Lei das Comunicações Electrónicas. Estabelece o regime jurídico aplicável às redes e serviços de comunicações electrónicas e aos recursos e serviços conexos.

---

\* Recolha elaborada por Mafalda Miranda Barbosa, Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra.



Exclui o serviço de telefone do âmbito de aplicação da Lei n.º 23/96. (cf. Preâmbulo da Lei)

**Decreto-lei n.º 68/2004, de 25 de Março** – Estabelece os requisitos a que obedecem a publicidade e a informação disponibilizadas aos consumidores no âmbito da aquisição de imóveis para habitação. O que se procura é reforçar os direitos dos consumidores à informação e à protecção dos seus interesses económicos no âmbito da aquisição de predito urbano para habitação.

Concretizando estes objectivos, o presente diploma estabelece um conjunto de obrigações a cargo de quantos se dediquem, profissionalmente, à actividade de construção de prédios urbanos habitacionais para comercialização.

Desde logo, importa referir a obrigação de elaboração e disponibilização aos consumidores adquirentes de um documento descritivo das principais características técnicas e funcionais da habitação, características estas que se reportam ao momento de conclusão das respectivas obras de construção.

A não apresentação de ficha técnica da habitação implica a não celebração da escritura pelo notário. Esta regra, destinada aos contratos celebrados entre profissionais e consumidores, aplica-se, também, aos contratos celebrados entre consumidores, caso o prédio urbano objecto de transmissão já possua ficha técnica da habitação.

Acresce também que no diploma se faz impender sobre o proprietário do imóvel o dever de conservar a ficha técnica da habitação, podendo este, em caso de perda ou de destruição, solicitar a emissão de segunda via da referida ficha ao promotor imobiliário ou à câmara municipal onde se encontra depositada.

O presente diploma inclui, igualmente, as regras a que deve obedecer a publicidade sobre imóveis para habitação e a informação que deve estar disponível nos estabelecimentos de venda, bem como normas de responsabilização do técnico da obra e do promotor imobiliário pelos danos causados ao comprador em virtude da declaração ou das informações que, constando da ficha técnica da habitação, não correspondam às verdadeiras características do imóvel.

Finalmente, e pese embora a circunstância de o regime agora previsto se centrar na informação que deve ser disponibilizada nos contratos que envolvam a aquisição da propriedade de prédios urbanos destinados à habitação, não deixa de ter aplicação aos contratos de arrendamento. Deste modo, nos contratos de arrendamento relativos a prédios ou fracções abrangidos pelo diploma, o locador, seja ele profissional ou não, deve, antes da celebração do contrato definitivo, facultar aos futuros arrendatários o acesso à ficha técnica da habitação. (cf. Preâmbulo do Decreto-lei)

*Decreto-lei n.º 69/2005, de 17 de Março* – Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 2001/95/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Dezembro, relativa à segurança geral dos produtos, e revoga o DL n.º 311/95, de 29/11. O diploma passa a abranger explicitamente a prestação de serviços, ao mesmo tempo que pormenoriza as obrigações que impedem sobre aqueles que colocam um produto no mercado. Simultaneamente, cria-se a Comissão de Segurança de Serviços e Bens de Consumo, que sucede nas atribuições à extinta Comissão de Segurança e elege-se como ponto de contacto nacional, para efeitos do funcionamento do sistema de troca rápida de informações (RAPEX), o Instituto do Consumidor, organismo incumbido de um conjunto de tarefas especificadas. (cf. Preâmbulo do Decreto-lei)



## Jurisprudência



# JURISPRUDÊNCIA RELEVANTE EM MATÉRIA DE DIREITO DO CONSUMIDOR\*

JANEIRO DE 2004 A JULHO DE 2005

## 1. PRODUTOS DEFEITUOSOS

O *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Março de 2005* vem afirmar que “no caso de compra e venda de um automóvel defeituoso, os direitos à reparação ou à substituição, previstos nos artigos 914.º CC – e também no artigo 12.º, n.º 1 da lei n.º 24/96, de 31 de Julho – não constituem pura alternativa ou opção oferecida ao comprador, antes se encontrando subordinados a uma consequência lógica: primeiro o vendedor está adstrito a eliminar o defeito; só não sendo possível ou apresentando-se demasiado onerosa a reparação, fica obrigado à substituição da viatura por outra da mesma marca ou modelo”. Considera, ainda, que o atraso na eliminação do defeito não confere por si só o direito à substituição da coisa, exigindo-se que, previamente, haja a conversão da mora na reparação em incumprimento, para o que tem de existir uma interpelação admonitória nos termos do artigo 808.º CC. ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

## 2. CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

O *Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de Abril de 2004* afirma que “as cláusulas contratuais gerais constantes do verso da

---

\* Recolha elaborada por Mafalda Miranda Barbosa, Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra.

página do contrato onde se encontram as assinaturas do contraente não serão de excluir se dos autos não resultar que as mesmas tenham sido inseridas após aquelas assinaturas”. ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

**O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Janeiro de 2005** considera que, “nos termos do artigo 8.º, d) DL n.º 446/85, de 25/10, devem ter-se por excluídas as cláusulas contratuais gerais constantes da segunda página do documento formalizador de um contrato de mútuo assinados pelos contraentes só na primeira página do mesmo”. ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

**O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Janeiro de 2005**, debruçando-se sobre um contrato de seguro celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais, vem considerar que são nulas as cláusulas nele inseridas que permitam à seguradora a resolução *ad nutum* do contrato. E sustenta que “não obsta a essa nulidade o facto de essa possibilidade também ser atribuída ao tomador do seguro”. Mais refere que “são nulas as cláusulas que predisponham, para as situações em que a resolução ocorre por iniciativa do tomador, uma cláusula penal que possibilita à seguradora reter 50% ou a totalidade do prémio correspondente ao período de tempo não decorrido”. ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

**O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15 de Fevereiro de 2005** vem afirmar que “o regime proteccionista emergente do DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, apenas contempla as cláusulas contratuais gerais”, não se comunicando às cláusulas negociadas inseridas num clausulado, as quais devem ser consideradas válidas quando manuscritas pelos assinantes. ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

**O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3 de Março de 2005** é peremptório ao esclarecer que, para efeitos do regime das cláusulas contratuais gerais, o fiador não é considerado um aderente, não se estendendo a ele o ónus de comunicação e de informação que impende sobre o credor. ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

### 3. SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

O *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Janeiro de 2004* vem afirmar que, “ainda que se entenda que o artigo 10, n.º 1 da Lei n.º 23/96, de 26/7, ao excepcionar do prazo curto de prescrição o valor dos fornecimentos em alta tensão, engloba neste último termo os fornecimentos feitos em média tensão, não ocorre essa exceção se o fornecimento em causa foi cotado em baixa tensão, dado que a razão de ser da mesma é económica e não técnica”. (www.dgsi.pt)

O *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 3 de Março de 2005* sublinha que o prazo de seis de prescrição do direito de exigir o pagamento do preço do serviço telefónico apenas se refere à apresentação das facturas, correndo a partir daí o prazo de prescrição de cinco anos. (www.dgsi.pt)

O *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 4 de Abril de 2005* considera que “o artigo 10.º, n.º 1 da lei n.º 23/96, de 26/7, relativa à prestação de serviços de telecomunicações móveis (...) refere-se apenas à exigência de pagamento”, que é feita com a apresentação ao utente da factura. “Na ausência de pagamento, o crédito titulado por esse documento prescreverá no prazo de cinco anos”. (www.dgsi.pt)

O *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12 de Abril de 2005* considera que “é de seis meses o prazo da prescrição da cobrança de créditos das telecomunicações (telemóveis), sendo este prazo contado até à apresentação das respectivas facturas”, momento a partir do qual o prazo de prescrição passa a ser de cinco anos, nos termos da alínea g) do artigo 310.º CC. (www.dgsi.pt)

O *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Abril de 2004*, centrando-se numa relação que liga o fornecedor de energia a uma empresa que fabrica e comercializa artigos de cerâmica, afirma peremptoriamente que a lei n.º 23/96 não se aplica apenas aos pequenos consumidores, antes a todos os utilizadores dos serviços públicos essenciais nela elencados. (www.dgsi.pt)



**O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21 de Abril de 2005** traça, em termos gerais, o regime legal de cobrança dos serviços de telefone. Assim, considera que “prestado um serviço deve ser enviada uma factura no prazo de seis meses, contados da prestação do serviço, sob pena de prescrição”. “Enviada a factura dentro do prazo, o consumidor deve pagá-la no período de tempo para o efeito concedido”, que não pode ser inferior a doze dias, nos termos do artigo 37.º DL n.º 240/97, de 18/9. O prazo para, a partir daí, ser exigido o pagamento é de 5 anos, nos termos do artigo 310.º, g) CC. (www.dgsi.pt)

**O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Maio de 2004** considera que “a prescrição da obrigação do serviço telefónico é uma prescrição de curto prazo, destinada a evitar que o credor retarde demasiado a exigência do seu crédito tornando excessivamente pesada a prestação a cargo do devedor, e não uma prescrição presuntiva, sujeita ao regime especial dos artigos 312.º ss. CC”. (www.dgsi.pt)

**O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto 18 de Maio de 2004** vem considerar que na Lei n.º 23/96 cabe todo o serviço de telefone, fixo ou móvel, e afirmar que o prazo de prescrição de seis meses não se interrompe com a apresentação da factura para o pagamento do mesmo. (www.dgsi.pt)

**O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de Junho de 2004** considera que o serviço de telefones móveis, não sendo um serviço público essencial, não se encontra abrangido pelo âmbito de aplicação da lei n.º 23/96. (www.dgsi.pt)

**O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28 de Junho de 2004** vem afirmar que o regime do artigo 10.º, n.º 1 da lei n.º 23/96 se aplica ao serviço de telefones móveis. (www.dgsi.pt)

#### 4. CRÉDITO AO CONSUMO

O *Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Junho de 2004* estabelece que “nos contratos de crédito ao consumo, quando o dinheiro para financiar a compra de um bem seja entregue directamente ao vendedor do bem, o mutuante é também responsável pelo cumprimento do contrato de compra e venda, salvo quando o comprador seja uma sociedade comercial”. ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

O *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22 de Novembro de 2004* evidencia que existe um nexo funcional a unir o contrato de compra e venda de bens de consumo e o contrato de crédito ao consumo, se foi por causa do primeiro que o “comprador obteve o financiamento necessário à aquisição do bem”. Afirma, então, que “os dois contratos – apesar de distintos – não são autónomos dada a finalidade económica que lhes é, intrinsecamente, comum.” Por isso, “as vicissitudes do contrato principal repercutem-se no contrato subordinado”. ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Los Plazos en la Compraventa de Consumo. Estudio Comparativo de la Cuestión en el Derecho Español y Portugués <i>M<sup>a</sup> Dolores Mezquita García-Granero</i> .....	151
A Responsabilidade Civil de Profissionais que Fiscalizam Sociedades Anónimas Cotadas em Bolsa, em Portugal e na Alemanha <i>Torsten Rosenboom</i> .....	203
La Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos en el Ámbito de la Unión Europea: Derecho Comunitario y de los Estados Miembros <i>Laura Gázquez Serrano</i> .....	253
A Tutela Jurisdiccional dos Interesses Difusos no Direito Português <i>Miguel Teixeira de Sousa</i> .....	279
Erro e Teoria da Imprevisão <i>António Pinto Monteiro</i> .....	319
Comércio Electrónico e Consumidor <i>Alexandre Dias Pereira</i> .....	341
Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Carácter Exemplificativo do Artigo 1.º, n.º 2 da lei n.º 23/96, de 26 de Julho? <i>Mafalda Miranda Barbosa</i> .....	401
<b>Trabalhos de Estudantes do Curso</b> .....	435
O Critério de Boa Fé no D.l. N.º 446/85 <i>Marco Dias</i> .....	437
A Responsabilidade Decorrente da Veiculação da Peça Publicitária <i>Samy Garson</i> .....	453
<b>Legislação</b> .....	513
Legislação relevante em matéria de direito do consumidor .	515
<b>Jurisprudência</b> .....	519
Jurisprudência relevante em matéria de direito do consumidor	521