



Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

# ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

A. Pinto Monteiro  
Alexandre Dias Pereira  
António José Fialho  
Augusto Silva Dias  
Carlos Ferreira de Almeida  
F. Gravato Morais  
Igor Rodrigues Britto  
Inmaculada Barral

João Álvares  
Judith Martins-Costa  
Luiz Edson Fachlo  
M<sup>ª</sup> Luisa Arcos Vieira  
Marta Miranda Barbosa  
M. Jesús Marín López  
Paulo Duarte  
Paulo Mota Pinto



**CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO**

N<sup>o</sup> 7 - 2005

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 7 – COIMBRA, 2005

## **Ficha Técnica**

**CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO**

**Título: Estudos do Direito do Consumidor – n.º 7**

**Ano: 2005**

**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

Eis-nos, uma vez mais, a abrir o novo volume dos **Estudos de Direito do Consumidor**.

Ano após ano, curso após curso, o **Centro de Direito do Consumo** da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra vai mantendo a tradição e, fiel a si próprio, repete o gesto, publicando, em cada ano, um volume dos **Estudos de Direito do Consumidor**, que vai acompanhando a actividade do Centro e, muito especialmente, do **Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo**. Neste contexto e a este propósito, o especial destaque vai, desta vez, para o estudo com que o Professor Carlos Ferreira de Almeida nos brinda, sobre *Qualidade do objecto contratual*.

Mas há uma novidade a salientar, desta vez. Embora o presente volume dos **Estudos** (o n.º 7) se reporte ao ano de 2005, o facto de ser publicado com algum atraso vai permitir-nos incluir artigos que visam já o *Anteprojecto do Código do Consumidor* (o qual pode consultar-se nos sites do MEI, do IC ou da Ordem dos Advogados).

Efectivamente, o *Anteprojecto* foi posto à discussão pública em 15 de Março de 2006, por um período de 4 meses, portanto, até 15 de Julho. Alguns dos artigos que já nos tinham sido entregues para publicação foram recuperados pelos seus Autores a fim de poderem tomar em consideração o *Anteprojecto*. Outros trabalhos, de forma ainda mais directa, constituem, mesmo, uma tomada de posição em face de *Anteprojecto*. É com este sentido de oportunidade que temos o prazer de publicar os estudos do Conselheiro Paulo Mota Pinto dos Professores Fernando Gravato Morais e Augusto Silva Dias, dos Mestres Alexandre Dias Pereira e Paulo Duarte, bem como dos Drs. António José Fialho e João Alves. Pelo nosso lado, incluímos um texto

que nos tem servido de guia a várias intervenções no âmbito do debate público sobre o mesmo *Anteprojecto do Código do Consumidor*.

Fora deste contexto, continuamos a enriquecer os nossos **Estudos** com a colaboração de preciosos artigos com que Colegas estrangeiros nos honram. Do Brasil vêm dois: o Professor Luiz Edson Fachin, da Universidade Federal do Paraná, faz a sua estreia com um estudo que confronta o novo Código Civil brasileiro com o Código de Defesa do Consumidor; e a Professora Judith Martins-Costa, da Universidade de Porto Alegre, repete o gesto amigo e distingue-nos com um artigo sobre a função social do contrato.

Também os Colegas espanhóis continuam a privilegiar-nos com a sua presença: a Professora Maria Luisa Arcos Vieira, da Universidade Pública de Navarra, escreve sobre o importante tema da perda de oportunidade como dano indemnizável; e os Professores Inmaculada Borral, da Universidade de Barcelona, e Manuel Jesús Marín López, da Universidade de Castilla-La-Mancha, tratam de problemas ligados à responsabilidade do produtor e à venda de bens de consumo, temas centrais da perspectiva jurídica da defesa do consumidor.

Na secção dedicada aos trabalhos de estudantes do Curso de Direito do Consumo, publicamos, desta vez, o trabalho de um estudante brasileiro, o Dr. Igor Rodrigues de Britto, advogado em Belo Horizonte (Minas Gerais), sobre o dever de informação nos contratos à distância e ao domicílio, como testemunho da presença significativa de alunos brasileiros neste Curso.

A Mestre Mafalda Miranda Barbosa, por sua vez, ocupa-se, como de costume, com a sempre **oportuna** e **útil** informação sobre a legislação e a jurisprudência entretanto publicadas na área do direito do consumidor.

Por último – **the last but not the least** –, é o **Instituto do Consumidor** que visamos, aqui deixando registada a nossa grata saudação pelo apoio que vem prestando ao nosso Centro e a esta publicação.

*Coimbra, Julho de 2006*

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. 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 tem sido 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



**Doutrina**





# QUALIDADE DO OBJECTO CONTRATUAL\*

CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA

Professor Catedrático da Faculdade  
de Direito da Universidade Nova  
de Lisboa

**Sumário:** 1. Descrição e qualidade 2. Padrões de qualidade no Código Civil 3. Padrões de qualidade nos contratos de consumo 4. Gradação qualitativa 5. Tendências para a uniformização legislativa dos padrões de qualidade 6. Resistências e objecções 7. Reapreciação dos padrões de qualidade aplicáveis à generalidade dos contratos 8. Marcas: a pretensa função de qualidade 9. Marcas: função de referência e de conexão

## 1. Descrição e qualidade

Na linguagem jurídica, como na linguagem comum, qualidade tem dois sentidos: qualidade enquanto padrão de referência e qualidade enquanto propriedade da entidade referida. No primeiro sentido, qualidade é um conceito que define uma classe; no segundo sentido, qualidade é um atributo individual de um objecto.

---

\* Respondendo a sucessivos e honrosos convites do Professor António Pinto Monteiro, participei em vários cursos de pós-graduação em direito do consumo promovidos pelo Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Nos anos mais recentes, leccionei as aulas dedicadas às “garantias” em contratos de consumo, abordando o tema numa perspectiva alargada que inclui a (chamada) garantia legal e as garantias comerciais. O presente artigo só em parte corresponde ao âmbito temático daquelas aulas: é mais restrito, porque apenas trata da qualidade; é mais amplo, porque incide sobre quaisquer contratos, embora a inspiração mais marcante provenha dos contratos de consumo.

Estes dois sentidos são interdependentes, porque a qualidade do objecto referido se afere pelos requisitos da classe de referência e a qualidade-referência se constrói indutivamente a partir de semelhanças e de diferenças entre objectos. Mas a confusão dos dois sentidos obscurece a separação entre o universo das coisas e o universo dos sinais que as referem, com consequências inconvenientes para o enquadramento dogmático e para a aplicação normativa.

A concepção clássica privilegiava a qualidade da coisa tal como se apresenta na sua materialidade espacial e temporal. Em consequência, a “vontade negocial” não poderia ter em vista qualidades diferentes daquelas que a coisa efectivamente tem<sup>1</sup>. No plano dos regimes jurídicos, tal implicava restringir o erro sobre o objecto ao erro sobre a substância, relegando o erro sobre a qualidade para o erro sobre os motivos, e, no âmbito da venda de coisa defeituosa, distinguir claramente entre a venda de coisa específica, à qual se aplicaria o regime do erro ou da garantia edilícia, circunscrevendo à venda de coisa genérica a aplicação do regime do incumprimento<sup>2</sup>. Esta concepção cobria na teoria jurídica a política legislativa de *caveat emptor* (o comprador que se acautele), desprotegendo a posição deste em relação ao vendedor, mais interessado em ligar a prestação à realidade da coisa do que em comprometer-se com padrões de qualidade.

Apesar dos vestígios subsistentes em textos legais entretanto não actualizados (por exemplo, o Código Civil português), esta perspectiva foi superada pela doutrina<sup>3</sup> e pela legislação<sup>4</sup> mais recentes, libertas do

---

<sup>1</sup> Esta concepção, no seu expoente máximo, encontra-se na obra de E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, 1879, p. 433 ss.

<sup>2</sup> Assim, respectivamente, no Código Civil português (comparar os artigos 913.º e seguintes com o artigo 918.º, este, ainda assim, quase ignorado pela doutrina e pela jurisprudência) e no BGB anterior à revisão de 2001 (comparar § 459 e § 480 na versão original).

<sup>3</sup> Fundamentais, W. FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, Münster, 1948; J. BAPTISTA MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, *BMJ* 215, 1972, p. 5 ss (= *Obra dispersa*, I, Braga, 1991, p. 31 ss).

<sup>4</sup> Sob especial influência da Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias (1980), artigos 35 e seguintes, e da Directiva 1999/

psicologismo oitocentista e pressionadas pelas profundas mutações do modelo económico de distribuição.

Nas concepções modernas sobre a qualidade aferida ao contrato, impõe-se a distinção entre a qualidade da coisa como deve ser, segundo o contrato (*Sollbeschaffenheit, Soll-Qualität*) e a qualidade da coisa como é, no acto de cumprimento (*Istbeschaffenheit, Ist-Qualität*)<sup>5</sup>. Enquanto objecto da prestação, a coisa deve ser, mas pode não ser, conforme ao contrato. Esta diferença tanto é verificável na prestação de coisa genérica como na prestação de coisa específica (se “aquela coisa”, mesmo quando seja identificada presencialmente, não tiver as qualidades que deveria ter segundo o contrato). Deixa assim de ter sentido útil a tradicional oposição entre *aliud* (outra coisa) e *pejus* (coisa de pior qualidade) ou a oposição entre *Identitätsaliud* (outra identidade) e *Qualifikationsaliud* (outra qualidade), pelo menos enquanto factores influentes para a selecção do regime jurídico aplicável<sup>6</sup>. Em qualquer das situações, a desconformidade implica incumprimento.

---

/44/CE sobre venda de bens de consumo. Sobre os antecedentes, o alcance e a influência destes diplomas nos problemas da qualidade, ver o meu livro *Direito do Consumo*, Coimbra, 2005, p. 132 ss, 155 ss.

<sup>5</sup> A contraposição entre *Istbeschaffenheit* e *Sollbeschaffenheit* deve-se a H. BRAUER, *Der Eigenschaftsirrthum (Eigenschaftsirrthum und Fehlspekulation). Ein Beitrag zur Auslegung und zur Kritik des § 119 Abs. 2 BGB*, Hamburg, 1941, p. 21 ss e *passim*, tendo-se depois vulgarizado na doutrina alemã (por exemplo, T. BRENDL, *Qualitätsrecht. Die technisch-ökonomischen Implikationen der Produzentenhaftung*, Berlin, 1976). Em Portugal, foi recebida e difundida por BAPTISTA MACHADO no já cit. artigo “Acordo negocial e erro...”, seguido, no essencial, em obras como M. CARNEIRO DE FRADA, “Erro e incumprimento na não-conformidade da coisa com o interesse do comprador”, *O Direito*, 1989, p. 461 ss, e o meu livro *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Coimbra, 1992, p. 617 ss, 650 ss.

<sup>6</sup> Ver, entre outros, S. LORENZ, “*Alius, peius und indebitum im neuen Kaufrecht*”, *Juristische Schulung*, 2003, p. 36 ss, A. THIER, “*Aliud- und Minus- Lieferung im neuen Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 203, 2003, p. 399 ss. A eliminação total da distinção entre falta de qualidade e *aliud* é alvo de críticas isoladas, por exemplo, W. ROSCH, “*Le nouveau droit de la vente: présentation générale*”, *Revue internationale de droit comparé*, 2002, n.º 4, p. 969 ss (p. 977 s).

As qualidades que o objecto do contrato deve ter aferem-se sempre pelo próprio contrato, pela descrição constante do texto (conteúdo) do contrato. Não há pois contraste entre a descrição da coisa e as qualidades que a coisa deve ter. A qualificação, neste contexto como noutros, significa sempre a inserção de uma entidade numa classe, pelo que toda a referência genérica coincide com a indicação das qualidades ou características de uma classe, ou melhor, de uma subclasse derivada da subdivisão de uma classe mais ampla (por exemplo, café robusta) ou da intercepção entre diferentes classes ou subclasses (por exemplo, vinho de mesa tinto da região do Douro, colheita de 2004).

Mas a qualificação contratual não decorre apenas de referências genéricas explícitas. Mesmo que a referência (linguística) ao objecto seja singular ou que o meio descritivo usado, como meio único ou como forma de particularização, seja um símbolo, um ícone ou a “coisa como amostra de si mesma”<sup>7</sup>, a qualificação deriva também da referência implícita à classe ou às classes a que o objecto referido pertence ou haveria de pertencer.

Mais ainda: seja qual for o meio descritivo, genérico ou singular, a descrição (literal) do objecto não esgota a qualificação. No actual estágio da ciência jurídica e das leis mais recentes, a qualificação do objecto contratual, isto é, o conjunto de qualidades que a coisa deve ter, amplia-se de modo a compreender qualidades convocadas pela remissão implícita para critérios complementares.

## 2. Padrões de qualidade no Código Civil

No Código Civil – ainda vigente em relação a todos os contratos regidos pelo direito português, com excepção dos contratos de consumo – a qualidade do objecto contratual é encarada sob a perspectiva negativa do defeito<sup>8</sup>. Como todavia os defeitos (vícios ou faltas de qualidade)

<sup>7</sup> BAPTISTA MACHADO, “Acordo negociado e erro...”, cit., p. 100.

<sup>8</sup> Sobre a noção e o âmbito do defeito no regime do Código Civil português, ver P. ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações (Parte especial). Contratos. Compra e venda. Locação. Empreitada*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2001, p. 130 ss, 188 s, 468 ss;

são precisamente o reverso da qualidade, parece possível extrair dos preceitos aplicáveis aos contratos de compra e venda (artigos 913.º e 919.º), de empreitada (artigo 1208.º) e de locação (artigo 1032.º) os seguintes padrões (positivos) de qualidade:

- qualidades asseguradas pelo vendedor, pelo empreiteiro ou pelo locador;
- amostra;
- fim específico;
- função normal.

Os três primeiros critérios correspondem ao que, na doutrina alemã, se denomina como concepção subjectiva do defeito<sup>9</sup>. Esta designação é equívoca, embora tenha de se reconhecer que a expressão “qualidades asseguradas” sugere, como fonte, uma declaração unilateral do vendedor ou do locador, concedida a título de garantia.

Mais rigoroso é considerar qualquer dos três primeiros critérios como pertencentes ao conteúdo contratual, nele inserido do mesmo modo que qualquer outro elemento. Nem a declaração unilateral basta nem tem de ser expressa. Necessário é que qualquer das partes se tenha referido, de modo expresso ou tácito, a uma dada qualidade ou a um certo fim e que a outra parte tenha dado o seu acordo, também expresso ou tácito. A lei não ressalva neste domínio o princípio geral da equivalência entre as duas modalidades declarativas, tal como se infere do artigo 217.º.

Mais feliz é pois, mas não substancialmente diferente, a formulação “em conformidade com o que foi convencionado”, usada no artigo 1208.º para o contrato de empreitada.

A amostra, como padrão descritivo e de qualidade, só está directamente prevista para a compra e venda (artigo 919.º e artigo 469.º do

---

J. CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas. Conformidade e segurança*, Coimbra, 2001, p. 39 ss.

<sup>9</sup> Sobre as teorias objectiva, subjectiva e subjectiva-objectiva do defeito na doutrina alemã, cfr., por todos, W. FIKENTSCHEK, *Schuldrecht*, 9.ª ed., Berlin, New York, 1997, p. 434 ss.

Código Comercial), mas deve admitir-se como extensiva a outros contratos, seja por força do artigo 939.º seja no âmbito da liberdade de estipulação contratual. Além disso, “amostra” deve ser interpretada em sentido amplo, abrangendo não só a “amostra de fazenda” a que se refere o Código Comercial como qualquer outro ícone (desenho, maquete, modelo, fotografia, andar modelo). Esta ampliação de sentido torna ainda mais evidente a relevância da amostra como padrão de qualidade aplicável a contratos de empreitada e de locação.

A qualidade não é apenas estática por referência a uma classe ou a um modelo. É também dinâmica por referência às potencialidades de uso. A funcionalidade ou utilidade dos bens é portanto uma outra vertente da qualidade. Tal é óbvio para o senso comum e não é ignorado pelas leis. No Código Civil vigente, distingue-se entre o fim (específico) previsto no contrato e a função normal (artigo 913.º, n.º 2) ou aptidão para o uso ordinário (artigo 1208.º). Esta função ou aptidão é indicada apenas a título supletivo, para o caso de não resultar do contrato um fim específico.

Todavia o Código excluiu implicitamente o bom funcionamento da coisa vendida da sua função normal, porquanto relega, no artigo 921.º, essa aptidão funcional para o restrito âmbito da garantia fundada na convenção das partes ou nos usos<sup>10</sup>. Daqui parece resultar, numa primeira leitura, que o vendedor só está obrigado a reparar ou a substituir a coisa vendida se conhecer ou ignorar culposamente o mau funcionamento da coisa vendida (artigo 914.º).

Esta conclusão, coerente com a tradição que protegia o vendedor, deve todavia ser minimizada através de duas restrições interpretativas. A primeira consiste em circunscrever a garantia prevista no artigo 921.º ao bom funcionamento durante um certo tempo, sem colidir com a exigência de bom funcionamento no momento da entrega, incluído

---

<sup>10</sup> O preceito teve porventura em conta a prática de emissão de garantias autónomas pelos fabricantes de bens móveis duradouros, que, nos anos 60, começava a vulgarizar-se. Mas, se confiou nessa prática, nem por isso a regulou. De qualquer modo, hoje como então, as garantias voluntárias podem ser boas soluções cumulativas, mas não devem ser alternativas e excludentes da responsabilidade contratual dos vendedores.

no âmbito da função normal da coisa vendida. A segunda restrição decorre do artigo 918.º, na parte em que manda aplicar à venda de coisa genérica o regime do incumprimento. Apesar de serem poucos os elementos que acerca do chamado cumprimento defeituoso se extraem da parte geral do direito das obrigações, parece admissível sustentar que o mau funcionamento da coisa vendida vale como incumprimento, presumindo-se, neste contexto, a culpa do vendedor, nos termos do artigo 799.º.

Mesmo assim, as soluções são incertas e difusas. Os esforços de interpretação actualista são legítimos e louváveis, mas dificilmente chegam ao ponto de compensar plenamente a política legislativa obsoleta que está subjacente à regulação da venda de coisas defeituosas pelo Código Civil vigente.

Considerando como objectivos os critérios de qualidade que não resultam, expressa ou tacitamente, do acordo contratual, a função normal é o único padrão objectivo claramente enunciado pelo Código Civil. É certo que há também referência ao valor da coisa: “vício que desvalorize [a coisa]” (artigo 913.º, n.º 1), “vícios que excluam ou reduzam o valor [da coisa]” (artigo 1208.º). Mas “valor” surge, neste contexto, mais como efeito provocado pelo vício, requisito necessário para desencadear a estatuição normativa, do que como critério de qualidade. Se algum padrão autónomo de qualidade está subjacente à referência ao valor da coisa, ele será então o preço contratual que indirectamente indica uma graduação da qualidade (ver *infra* n.º 4).

### 3. Padrões de qualidade nos contratos de consumo

Os diplomas legais para o efeito relevantes em relação aos contratos de consumo são, no direito português, os seguintes:

- o Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril (em especial o n.º 2 do artigo 2.º)<sup>11</sup>, aplicável aos contratos de compra e venda, de

---

<sup>11</sup> Este Decreto-Lei transpõe a Directiva 1999/44/CE, de 25 de Maio de 1999, sobre a venda de bens de consumo, aplicável apenas a bens móveis, mas incluindo



locação e de empreitada de bens de consumo, neste caso quando tenham por objecto o fabrico ou a produção dos bens<sup>12</sup>, e a Lei de Defesa dos Consumidores (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, na redacção dada pelo artigo 13.º daquele Decreto-Lei, em especial, o artigo 4.º e o artigo 7.º, n.º 5), aplicável, nesta parte, aos restantes contratos de consumo, com destaque para contratos de crédito, de seguro, de transporte, de fornecimento de telecomunicações e outros contratos de prestação de serviço<sup>13</sup>.

Apesar das diferenças de redacção, podem extrair-se destes textos legais os seguintes padrões de qualidade aplicáveis à generalidade dos contratos de consumo<sup>14</sup>:

---

também bens a fabricar ou a produzir. O diploma português ampliou o seu campo de aplicação, estendendo-o à locação, a bens imóveis e aos bens móveis excluídos pela Directiva (água, gás e electricidade). A transposição da Directiva não implicou alterações substanciais em relação ao direito português anterior, tal como resultava da Lei de Defesa dos Consumidores, mas constituiu um ensejo para a clarificação e o afinamento técnico-jurídico. Para mais desenvolvimentos, P. MOTA PINTO, *Cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda. Anteprojecto de diploma de transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português. Exposição de motivos e articulado*, Lisboa, 2002, A. PINTO MONTEIRO, “Garantias na venda de bens de consumo. A transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, 2003, p. 123 ss, e o meu artigo “Orientações de política legislativa adoptadas pela Directiva 1999/44/CE sobre venda de bens de consumo. Comparação com o direito português vigente”, *Themis*, n.º 4, 2001, p. 109 ss.

<sup>12</sup> No âmbito dos contratos de compra e venda e de empreitada inclui-se ainda, para este efeito, a instalação dos bens pelo fornecedor, quando tenha sido acordada no contrato, ou pelo consumidor, quando a má instalação se dever a incorrecções nas instruções de montagem (artigo 2.º, n.º 4).

<sup>13</sup> O anteprojecto de Código do Consumidor (em discussão pública), que prevê a revogação quer do Decreto-Lei n.º 67/2003 quer da Lei de Defesa dos Consumidores, estabelece, no artigo 75.º, o princípio geral de aptidão dos produtos e serviços destinados ao consumo para satisfazer as legítimas expectativas do consumidor e enuncia, no artigo 256.º, n.º 3, os critérios a que obedece a conformidade dos bens com o contrato de compra e venda. Embora sem inovações substanciais em relação aos correspondentes preceitos dos diplomas a revogar, verificam-se melhorias de redacção, com destaque para a enunciação, pela positiva, dos referidos critérios.

<sup>14</sup> Ver a propósito J. CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de consumo. Comentário. Decreto-Lei n.º 67/2003 de 8 de Abril. Directiva n.º 1999/44/CE*, Coimbra, 2003, p. 55 ss, e o meu livro *Direito do Consumo*, cit., p. 132 ss.

- descrição pelo vendedor;
- amostra ou modelo;
- uso específico;
- uso habitual;
- normas legais;
- legítimas expectativas do consumidor;
- declarações públicas (publicidade e rotulagem).

Segundo opinião maioritária, mas não unânime, a aplicação destes critérios é imperativa e cumulativa<sup>15</sup>.

Em comparação com o Código Civil, verifica-se a coincidência, salvo pormenores de redacção, com os seguintes padrões: amostra (ou modelo); uso específico (= fim específico); uso habitual (= função normal). A aplicabilidade de normas legais, imperativas ou supletivas, sobre a qualidade de determinadas categorias de bens decorre das próprias leis avulsas, sendo para o efeito indiferente a sua qualificação como bens de consumo (por exemplo, pesticidas para uso doméstico ou para uso agrícola).

A substituição do critério das “qualidades asseguradas pelo vendedor” pela descrição feita pelo vendedor representa uma profunda mudança. No plano da política legislativa, significa o abandono do princípio de *caveat emptor* que, desde meados do século XX, entrara em erosão progressiva. No plano da técnica jurídica ao serviço dessa política, é coerente com a nova ideia de conformidade e da consequente unidade da obrigação de entrega de coisa conforme ao contrato, que pôs termo ao enquadramento da venda de coisas defeituosas no âmbito dos regimes de garantia ou de erro sobre o objecto. No plano da explicação lógica, constitui uma ruptura com a falácia que afirmava a impossibilidade de inferir o dever ser qualitativo a partir do ser descritivo (ver adiante n.º 6).

Melhor teria sido porém que a Directiva comunitária e a lei portuguesa, em vez da descrição feita pelo vendedor, se tivessem referido à descrição constante do contrato, na linha adoptada pelos direitos anglo-

---

<sup>15</sup> *Direito do Consumo*, cit., p. 135 e bibliografia aí citada.

saxónicos – no Reino Unido, *Sale of Goods Act 1979*, sec. 13; nos Estados Unidos, UCC § 2-313 (1) (b)<sup>16</sup> – eliminando qualquer dúvida sobre a faculdade de qualquer das partes (também o comprador) introduzir no contrato a descrição do seu objecto. Mas é afinal assim que os textos legais devem ser interpretados no direito português, tendo em vista as regras sobre a formação do contrato. Por exemplo, nada impede que num contrato de empreitada ou de compra e venda a descrição da obra ou da coisa vendida seja da iniciativa do consumidor (dono da obra ou comprador), sem que tal minimize a obrigação de conformidade que recai sobre o empreiteiro ou o vendedor.

Mais significativa ainda é a novidade que advém do aditamento, como padrão de qualidade, das legítimas expectativas do consumidor acerca das qualidade e do desempenho habitual dos bens do mesmo tipo, criadas designadamente por efeito de declarações públicas (publicidade e rotulagem) com origem no vendedor ou no produtor desses bens.

A ideia de expectativa legítima do consumidor (que já estava, por exemplo, no artigo 7:17 do Código Civil holandês, aplicável a qualquer contrato de compra e venda) representa uma inversão total do prisma sob o qual se delinea a qualidade do objecto. A posição privilegiada e sobranceira do vendedor, que tradicionalmente tirava proveito das expectativas geradas pelo mercado mas respondia apenas por aquilo que garantia, dá lugar a um novo equilíbrio em que as vantagens da persuasão acarretam equivalentes vinculações. Em vez de o vendedor se obrigar na medida da sua “vontade”, ele passa a obrigar-se na medida das expectativas da sua clientela, isto é, consoante a impressão do consumidor normal colocado na posição do consumidor real (cfr. artigo 236.º do Código Civil).

---

<sup>16</sup> É interessante verificar que, na Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias, a menção, no artigo 35.º, da descrição (*description*) das mercadorias como critério de conformidade com o contrato consta da versão inglesa, mas não tem equivalente literal nas versões francesa e alemã, em que está substituída por *type* e por *Art*, respectivamente.

A concretização das fontes de tais expectativas de modo a nelas incluir a publicidade constitui a inovação mais profunda, porquanto tinha contra si, salvo exceções contadas, o silêncio das leis, a opinião declarada da doutrina e da jurisprudência dominantes. Menor impacte teve a relevância atribuída à rotulagem. A inovação foi mais ignorada do que contestada.

#### 4. Graduação qualitativa

O modo mais rigoroso de qualificação dos objectos contratuais consiste na referência, geral ou singular, de características estruturais ou funcionais, indicadas de modo preciso e absoluto. Um modo alternativo, mais difuso e relativo ou comparativo, consiste na qualificação por referência a uma escala valorativa em que se incluem termos como qualidade razoável, boa qualidade, qualidade elevada, ou os seus superlativos (qualidade superior, a melhor qualidade).

Exemplos extraídos da lei portuguesa: bom funcionamento (artigo 921.º do Código Civil), elevados padrões de qualidade (artigo 7.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, sobre serviços públicos essenciais), elevados padrões de aptidão profissional (artigo 305.º, n.º 1, do Código dos Valores Mobiliários). Neste conjunto, pode também incluir-se o artigo 60.º, n.º 1, da Constituição, porquanto a frase “os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos” só adquire sentido preceptivo útil se a palavra qualidade for interpretada como sentido de “boa qualidade”.

Equivalentes, mas mais precisas, são as ordenações por classes, usadas, por exemplo, em transportes de passageiros ou na classificação dos hotéis.

Mesmo sem este grau de precisão, a graduação qualitativa enunciada nestes termos, sendo mais difusa do que outros modos de qualificação, não deixa de ser suficientemente concreta e objectiva para ser inserida no conteúdo contratual e vincular o fornecedor dos bens ou serviços. Esta observação é em especial pertinente em relação às mensagens publicitárias (cfr. artigo 2.º, n.º 2, d) do Decreto-Lei n.º 67/2003 e artigo 7.º, n.º 5, da Lei de Defesa dos Consumidores), mas vale

também para as qualidades asseguradas no contrato e para quaisquer outros meios relevantes de descrição do objecto.

Aparentada com as anteriores é a qualidade média, preceituada como regra supletiva nos Princípios Unidroit, artigo 5.1.6, e nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos, artigo 6:108, sob inspiração de normas legais nacionais, como o § 243 do BGB, o artigo 1178 do *Codice Civile*, aplicáveis às obrigações genéricas, e o § 2-314 (2) (b) do UCC, aplicável às coisas fungíveis.

Nas leis portuguesas não se encontra preceito correspondente. O mais próximo é o artigo 1210.º, n.º 2, aplicável aos materiais fornecidos pelo empreiteiro. Não parece todavia ousado sustentar a sua aplicação analógica à qualidade da obra no seu conjunto ou mesmo generalizar a regra, aplicando-a a outros contratos, partindo do requisito de aptidão da coisa para a realização da função normal das coisas da mesma categoria (cfr. artigo 913.º, n.º 2)<sup>17</sup>.

Este critério não se insere porém na tendência actual para equilibrar a posição jurídica dos adquirentes com a posição jurídica dos fornecedores. Na verdade, o padrão de referência subjacente à qualidade média infere-se basicamente da normalidade estatística, em função do nível de qualidade dos bens da mesma classe fornecidos em tempo e em espaço próximos daquele em que o concreto contrato em causa se celebra. Só tenderá para a boa qualidade ou mesmo para a qualidade elevada se o mercado funcionar sem falhas. De outro modo, corre-se o risco de a média se situar em nível baixo, concertado entre os fornecedores. Por isso se explica que os textos normativos modernos, incluindo a Convenção de Viena, mostrem preferência por padrões de qualificação precisos, valorizando mais as referências descritivas do que a mera graduação qualitativa.

---

<sup>17</sup> Neste sentido decidiu o Ac. STJ de 6 de Outubro de 1994, segundo o qual a obrigação de prestação com a qualidade normal se presume.

## 5. Tendências para a uniformização legislativa dos padrões de qualidade

A influência legislativa da Directiva comunitária sobre a venda para consumo não se circunscreveu aos contratos que haveriam de ser abrangidos pela transposição para os direitos nacionais. Alguns direitos, como o alemão, o grego e o austríaco, ultrapassaram esse âmbito, adoptando o essencial das soluções para a generalidade dos contratos de compra e venda e contratos para o efeito assimilados<sup>18</sup>.

Deste modo, no quadro legislativo dos padrões de qualidade do objecto contratual, aplicável a todos os contratos de compra e venda, sejam ou não contratos de consumo, passaram a figurar a descrição do objecto (em vez das qualidades asseguradas ou garantidas pelo vendedor) e a expectativa criada pelo comprador por efeito da publicidade e da rotulagem promovidas pelo vendedor ou pelo produtor, que, também naqueles direitos, foram as mais significativas inovações introduzidas pela Directiva em relação ao direito pretérito<sup>19</sup>.

Parcialmente coincidente com a orientação da Directiva sobre compra e venda para consumo é, e era antes dela, o artigo 7:17 do Código civil holandês, em vigor desde 1992 e aplicável a quaisquer contratos de compra e venda, na parte em que manda aferir (também) pelas expectativas do comprador a conformidade da coisa entregue com o contrato. A referência às declarações públicas promovidas por

---

<sup>18</sup> Respectivamente, BGB, §§ 434, 437 e seguintes, Código Civil grego, artigos 534 e seguintes, e ABGB §§ 922, 924, 932 e seguintes. Sobre a transposição da Directiva para estes e outros direitos, ver *Verbraucherkauf in Europa. Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG* (org. Martin Schermaier), München, 2003; H.-P. MANSEL, "Kaufrechtsreform in Europa und die Dogmatik des deutschen Leistungsstörungenrechts", *Archiv für die civilistische Praxis*, 204, 2004, p. 396 ss. Ver também, P. MOTA PINTO, *Cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda. Anteprojecto de diploma de transposição ...*, cit., p. 15 ss.

<sup>19</sup> No BGB, a redacção é menos clara do que nos outros códigos mencionados: não há menção literal à descrição da coisa, mas sim à qualidade acordada, e as declarações públicas do vendedor e do produtor não são exemplificadas através de referência expressa à publicidade e à rotulagem.

vendedor anterior na cadeia de distribuição (entenda-se publicidade do produtor) continua porém limitada a contratos de consumo, nos termos do artigo 7:18.

A uniformização legislativa dos padrões de qualidade resulta também de influência exercida em sentido inverso, isto é, pela aplicação a contratos de consumo de um critério que anteriormente só estava prescrito para contratos comerciais. O exemplo mais nítido encontra-se no artigo L.211-4 do *Code de la consommation* francês, que, nos termos da *ordonnance* de 2005 que transpôs a directiva comunitária sobre venda para consumo, aditou, em relação a esta, a embalagem como elemento a considerar na conformidade da coisa entregue com o contrato, seguindo os antecedentes da Convenção de Viena, artigo 35, 2, d), e do UCC § 2-314 (2) (e).

Foi aliás por inspiração da Convenção de Viena de 1980, aplicável a contratos comerciais internacionais, que a Directiva comunitária de 1999, aplicável apenas a contratos de consumo, adoptou o conceito de conformidade com o contrato. Embora o conceito não seja, em abstracto, impositivo para a ampliação dos padrões de qualidade, a ele se deve o ambiente jurídico adequado para a relevância de critérios objectivos, estabelecidos por simples remissão implícita a partir do contrato.

Em sentido semelhante, recorde-se ainda (cfr. *supra* n.º 3) que foi por influência de normas legais aplicáveis a contratos comerciais – UCC § 2-313 (1) (b) – ou à generalidade dos contratos – *Sale of Goods Act 1979*, sec. 13 – que a mesma directiva recebeu a descrição dos bens como critério de qualidade, sem necessidade de garantia específica pelo vendedor. Neste caso, o circuito de interacção foi mais completo: das normas legais genéricas de alguns sistemas jurídicos para as normas da União Europeia aplicáveis a contratos de consumo; destas, para as normas legais aplicáveis a contratos de qualquer natureza no direito de alguns Estados não coincidentes com os originários.

## 6. Resistências e objecções

A generalização dos mais recentes padrões de qualidade definidos para os contratos de compra e venda para consumo pela directiva comunitária de 1999 despertou contudo algumas resistências.

No direito português, gerou-se um movimento, de base académica, favorável à transposição da directiva para o Código Civil, onde a maior parte dos seus preceitos adquiririam âmbito de aplicação genérico<sup>20</sup>. Como principal argumento, apontava-se para a necessidade de equilibrar as posições do vendedor e do comprador, aproximando-as do que resultaria afinal da aplicação dos princípios gerais do direito das obrigações ao contrato de compra e venda. Em vez de protecção do comprador-consumidor, a orientação da directiva seria tomada como base da política legislativa aplicável aos contratos de direito comum.

A solução não teve contudo acolhimento, pelo que se mantiveram em vigor e em paralelo três regimes de direito português aplicáveis à venda de coisas defeituosas: o desactualizado regime comum do Código Civil, com as especialidades, para os contratos comerciais, do (ainda mais desactualizado) regime do Código Comercial, e o regime aplicável aos contratos de compra e venda para consumo e contratos assimilados. Foi uma oportunidade perdida<sup>21</sup>, que, apesar de tudo, pode ser ainda recuperada.

Algo de semelhante se passou em França, onde a primeira solução, projectada em 2002, modificava os artigos 1641 e seguintes do *Code Civil*, aplicáveis a todos os contratos de compra e venda, transpondo para o *Code de la Consommation* apenas algumas regras especiais<sup>22</sup>. Mas a solução definitiva (de 2005) limitou o novo regime legal aos contratos de consumo, através de alterações introduzidas no *Code de la Consommation*.

Estas resistências não são obviamente neutras quanto aos efeitos na distribuição dos riscos entre os diferentes grupos intervenientes na

---

<sup>20</sup> P. MOTA PINTO, "Reflexões sobre a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português", p. 195 ss (p. 208 ss); C. FERREIRA DE ALMEIDA, "Questões a resolver na transposição da Directiva e respostas dadas no Colóquio", p. 219 ss, ambos em *Themis*, n.º 4, 2001.

<sup>21</sup> CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de consumo*, cit., escrevendo já depois da transposição pelo Decreto-Lei n.º 67/2003 e citando outras opiniões favoráveis à transposição no Código Civil (p. 29 s).

<sup>22</sup> R. SEPTON-GREEN, "The implementation of the directive on guarantees in France", *Verbraucherkauf in Europa*, cit., p. 225 ss.



actividade económica. Podem ser portanto justificadas com argumentos de natureza política ou económica, mas nem por isso abdicarão das objecções teóricas contrárias ao alargamento do quadro dos padrões de qualidade contratualmente relevantes.

As principais objecções desenvolvem-se em dois planos diferentes mas complementares: no plano filosófico-jurídico, a separação intransponível entre ser e dever ser; no plano jurídico, a irrelevância jurídica da publicidade comercial<sup>23</sup>.

As relações entre o ser o dever ser no direito assumem várias dimensões, incluindo aspectos tão centrais como os conceitos de direito e de norma jurídica<sup>24</sup>. No que agora importa, pertinente é a tese segundo a qual as declarações descritivas não podem, em caso algum, implicar declarações valorativas<sup>25</sup>. Para o problema em análise, a consequência seria a inadmissibilidade de inferir o dever ser qualitativo a partir do ser descritivo.

Não é apropriado entrar aqui na discussão aprofundada dos argumentos a favor e contra esta tese<sup>26</sup>. Basta observar, neste âmbito específico, que a descrição do objecto contratual se insere no contrato através de remissões, explícitas ou implícitas, para o texto na sua totalidade. A eficácia prescritiva não deriva pois da descrição considerada isoladamente, mas da conexão do elemento objectivo com o elemento funcional (vender, produzir a obra), que, por sua vez, confere ao conjunto

---

<sup>23</sup> A argumentação que se segue, assim como aquela em que se apoia o n.º 7, recupera em larga medida os pontos de vista que expus no livro *Texto e enunciado...*, cit., p. 877 ss, 937 ss, e no artigo “Relevância contratual das mensagens publicitárias”, *Congresso Internacional de Responsabilidade Civil*, Blumenau – Brasil, 29 de Outubro – 1.º de Novembro de 1995, vol. I, p. 31 ss.

<sup>24</sup> Ver, por todos, A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., München, 1997, p. 134 ss.

<sup>25</sup> A tese foi assim sinteticamente formulada por J. SEARLE, *Speech Acts. An essay in the philosophy of language*, Cambridge, 1969, p. 175, que nas páginas seguintes a refuta.

<sup>26</sup> Ver, na literatura portuguesa, J. SOUSA E BRITO, “Hume’s Law and Legal Positivism”, *Memoria del X Congreso mundial ordinario de filosofia del derecho y filosofia social*, vol. VIII, México, 1982, p. 245 ss.

natureza performativa, em conformidade com as regras constitutivas aplicáveis<sup>27</sup>.

Em relação a objectos contratuais, o modo como as coisas são no presente não exclui que as coisas sejam, no futuro, conformes ao que as coisas devem ser segundo o contrato. Quem as apresenta ou as descreve obriga-se, em ambiente contratual, a conformar o seu comportamento ao que do acordo resulte, mesmo que a realidade virtual seja diferente da realidade actual.

Afirmar e prometer não são, neste contexto, actos contraditórios nem mutuamente exclusivos. Listas, rótulos, catálogos e referências similares têm, de certo, valor assertivo, mas têm conjuntamente o valor performativo e cominativo que resulte do contrato. Seja qual for a sua fonte e o seu padrão, a qualificação dos objectos contratuais é sempre deontica, indica como a coisa deve ser, mesmo que a coisa assim não

---

<sup>27</sup> As regras constitutivas contrastam com as regras regulativas (ou preceptivas). As regras preceptivas enunciam-se segundo a fórmula “o comportamento Y é devido se X acontecer”; as regras constitutivas, bem visíveis no contexto dos jogos, enunciam-se segundo a fórmula “o acto X conta (vale) como Y no contexto C”. As regras preceptivas impõem comportamentos, que são independentes da escolha do agente (por exemplo, as normas proibitivas e as normas que estabelecem deveres gerais). As regras constitutivas definem, elas mesmas, as instituições e práticas a que se aplicam (actos comunicativos), indicando o seu valor e os seus efeitos (por exemplo, a criação e extinção de direitos no âmbito da autonomia negocial). Esta distinção, que usei em *Texto e enunciado...*, cit., p. 206 ss, 239 s, foi primeiro sugerida por J. RAWLS, “Two concepts of rules”, *The Philosophical Review*, 1955, p. 3 ss, e depois desenvolvida por SEARLE, *Speech Acts*, cit., que a retomou, defendendo-se de críticas, em *The construction of social reality*, New York, London, Toronto, Sidney, Singapore, 1995, 27 ss, 43 ss. A crítica mais frequente consiste em negar a dualidade com fundamento em que também as regras (ditas) constitutivas prescrevem comportamentos. Julgo que, pelo menos no domínio contratual, a crítica é infundada. Por um lado, há regras constitutivas que estabelecem efeitos sem exigir comportamentos (v. g. o contrato que institui ou extingue o penhor, cuja eficácia prescinde geralmente de qualquer comportamento). Por outro lado, nas situações que a crítica parece contemplar (a promessa, isto é, o contrato com efeito obrigacional), não me parece forçado distinguir entre a criação da obrigação (que é o efeito directo da regra constitutiva contratual) e o efeito da obrigação (que é na verdade estabelecido por regras preceptivas, uma boa parte das quais se aplicam também a obrigações geradas por outras fontes).

seja. Nesse sentido, a qualificação vale como certificação de um certo estado, que assegura a correspondência entre as qualidades de cada exemplar e as qualidades que no contrato, de modo explícito ou implícito, se atribuem à classe a que o objecto qualificado pertence.

Isto vale tanto para a qualificação descritiva como para a qualificação gradativa: afirmar que uma coisa é de boa qualidade tem o valor jurídico equivalente a assegurar que a coisa tem boa qualidade, se houver conexão bastante entre a asserção e a referência contratual.

Contra a relevância jurídica da publicidade comercial os argumentos mais difundidos centram-se em três pólos: os apelos promocionais não teriam a natureza de proposta ao público, seriam, quando muito, convites a contratar; o anunciante não agiria com vontade de se vincular ao conteúdo da publicidade; as mensagens publicitárias teriam conteúdo e objectivos bem diferentes das declarações contratuais. Nenhum destes argumentos é, a meu ver, convincente<sup>28</sup>.

Os requisitos para a qualificação de uma mensagem publicitária como proposta ao público são os mesmos que se exigem para a qualificação de qualquer comunicação como proposta contratual. Nos direitos, como o português, que admitem abertamente a figura da proposta ao público (Código Civil, artigo 230.º), a diferença específica desta em relação a qualquer proposta consiste apenas na indeterminação do declaratório (o público). Saber se uma declaração é ou não uma proposta depende apenas de reunir ou não os requisitos de completude e de suficiência formal; é indiferente que o destinatário seja determinado ou indeterminado.

Se uma mensagem publicitária contiver, por si só ou em conjunto com outros textos para que remete, os elementos bastantes para que, com a aceitação, se celebre um contrato que não exija forma especial, então essa mensagem vale, em princípio, como proposta ao público. Se tal não suceder ou se a celebração do contrato depender da avaliação pessoal da outra parte (por exemplo, contratos que envolvem a concessão de crédito) ou se a própria mensagem incluir alguma menção de protesto

---

<sup>28</sup> Cfr. J. KÖNDGEN, *Zur Theorie der Prospekthaftung*, Köln, 1983, p. 18 ss, onde se alinham e se refutam argumentos sistematizados de modo semelhante ao adoptado.

(com o sentido de não valer como proposta), então essa mensagem será uma iniciativa contratual sem o valor de proposta.

Como é evidente, o argumento e o contra-argumento só têm em vista anúncios promovidos pelo vendedor, sendo outra a apreciação relativa a anúncios promovidos pelo produtor ou outro comerciante situado a montante do vendedor no circuito comercial.

A “vontade” de o anunciante, ou qualquer declarante, se vincular não é requisito positivo necessário para que uma declaração se integre num dado contrato. A “vontade” só releva de modo negativo nos termos que a lei prevê como fundamento de invalidade. Sendo a reserva mental irrelevante (cfr. artigo 244.º do Código Civil) e improvável a existência de erro, invocam alguns a falta de consciência da declaração (cfr. artigo 246.º), mas sem êxito, a meu ver, porque a publicidade denota “a intenção genérica de concluir negócios”<sup>29</sup>.

Em relação às diferenças de conteúdo e de objectivos das mensagens publicitárias e das declarações contratuais, deve distinguir-se, na resposta ao argumento, entre as mensagens publicitárias que têm e as mensagens publicitárias que não têm o valor de propostas ao público.

Nas primeiras, o conteúdo é, por definição, coincidente com a declaração contratual. Um eventual objectivo diferente só pode ser considerado se influir na interpretação ou se constituir fundamento de algum vício na formação do contrato.

Nas segundas, o conteúdo corresponderá, em princípio, a um conteúdo menos extenso do que o necessário para compor uma proposta, correspondendo tipicamente à descrição e qualificação de um dos objectos de contratos a celebrar. O valor contratual da mensagem publicitária depende então de haver no contrato remissão, explícita ou implícita, para aquela mensagem.

Para a inserção no conteúdo contratual, não é decisivo que o anunciante seja ou não um dos contraentes. Necessário é a que aquela concreta qualificação deva ser considerada como elemento do contrato. Este juízo depende, e depende apenas, da interpretação do anúncio, por

---

<sup>29</sup> J. M. CUESTA RUTE, *Régimen jurídico de la publicidad*, Madrid, 1974, p. 149.

si e na conexão com o contrato, observados os respectivos cânones hermenêuticos, com saliência para a normal compreensão do declaratório (cfr. artigo 236.º, n.º 2, do Código Civil). O objectivo directo do anunciante pode ser apenas promocional, mas nem a intenção negocial directa é indispensável para a avaliação de uma declaração como negocial (cfr. artigo 217.º) nem a coincidência com o autor material é imprescindível para que uma declaração seja imputável ao declarante contratual (cfr. *infra* n.º 7).

O intuito persuasivo da publicidade não exclui a sua eficácia vinculativa. Estranho e contraditório seria antes que mensagens emitidas com o objectivo de despertar a confiança nos declaratórios fossem depois refutadas pelo declarante, ou por quem com a declaração aproveita, como factores geradores da compreensão e da confiança que presumivelmente influíram na decisão de contratar.

## **7. Reapreciação dos padrões de qualidade aplicáveis à generalidade dos contratos**

Chegados a este ponto, é legítimo perguntar se os padrões de qualidade que a lei prevê para os contratos de consumo não serão afinal aplicáveis a todos os contratos. A dúvida centra-se em três desses padrões: a descrição da coisa, a rotulagem e a publicidade.

A descrição constante do contrato, em conformidade com o acordo expresso, escrito ou oral, ou incluída no respectivo texto por remissão para outros enunciados (v. g. folhetos, catálogos ou cadernos de encargos) impõe-se como critério descritivo, uma vez que se ultrapasse o preconceito contrário à valoração negocial das declarações descritivas. A letra do artigo 913.º do Código Civil não constitui obstáculo de monta, não sendo forçado interpretar a expressão “qualidades asseguradas pelo vendedor” com o sentido de “qualidades acordadas”.

Por maioria de razão, esta orientação abrangerá as descrições e qualidades constantes dos rótulos, pelo menos em duas situações: se a coisa rotulada está presente no acto de celebração do contrato e se, como é normal, o rótulo se repetir em todos os exemplares da classe

a que o objecto contratual pertence, sendo o seu teor conhecido das partes.

A relevância contratual da publicidade para além dos contratos de consumo é, de certo, o ponto em que a generalização defronta mais resistência.

Observe-se, antes de mais, que o predomínio da publicidade em relação a bens de consumo fica muito longe de esgotar o seu alvo. Por um lado, há um conjunto importante de bens publicitados que são aptos tanto para o consumo final como para o uso em actividades empresariais ou profissionais (por exemplo, automóveis, telefones, computadores, mobiliário e outro equipamento de escritório, vestuário, combustíveis, produtos alimentares, transportes, seguros, operações bancárias). Nalguns casos é possível, mas noutros não, destringir, pela natureza dos contraentes ou pelas circunstâncias do contrato, se este dispõe ou não dos requisitos para ser qualificado como contrato de consumo. Por outro lado, não faltam exemplos de bens publicitados que por natureza não se destinam ao consumo final (por exemplo, tractores e veículos pesados, utensílios agrícolas, máquinas fabricadas em série e matérias primas para a indústria, livros técnicos, serviços de contabilidade, certas operações de banca e de bolsa).

Não sendo diferentes nem os meios de persuasão nem o modo de referência aos objectos com aptidão contratual, diferença também não há nem nas objecções contra a relevância contratual da publicidade nem nos argumentos que as refutam. Não se compreenderia de resto que a descrição e a qualificação do objecto publicitado se inserissem ou não no conteúdo contratual, consoante o contrato em causa fosse ou não um contrato de consumo<sup>30</sup>. Na verdade, nem os argumentos contrários nem os argumentos favoráveis à relevância contratual da publicidade, tal como foram apresentados, invocam a natureza dos contraentes ou a finalidade do contrato.

---

<sup>30</sup> Favorável à consideração da publicidade como fonte relevante para a descrição da coisa vendida em contratos comerciais, C. M. BIANCA, em *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention* (org. Bianca & Bonell), Milan, 1987, p. 373.

A única diferença – e pode dizer-se que não é uma pequena diferença – consiste nas prescrições legais que contemplam apenas os contratos de consumo. Mas este obstáculo pode ser ultrapassado se a construção que confere relevância contratual à publicidade prescindir dessas fontes legislativas especiais, ancorando um tal efeito nas leis comuns e no conjunto do sistema jurídico. As prescrições legais demonstram aliás que os argumentos contrários à atendibilidade das mensagens publicitárias na qualificação dos objectos contratuais são porventura respeitáveis no plano da conveniência do regime jurídico, mas são inadmissíveis como razões pretensamente baseadas em princípios jurídicos e até na natureza das coisas.

Seguindo por esta via metodológica, a argumentação não pode ser todavia global, exigindo a separação de três grupos de casos.

O grupo de mais simples solução refere-se à formação de contratos por aceitação de proposta ao público. Na verdade, não se deparam objecções sérias para a qualificação como proposta ao público da mensagem publicitária promovida pelo vendedor que contenha todos os elementos de um projecto contratual, desde que não integre qualquer protesto e a celebração do contrato em vista não dependa da apreciação do perfil pessoal dos destinatários (ver *supra* n.º 6). Para chegar a esta qualificação e dela extrair as respectivas consequências é indiferente que o contrato seja ou não um contrato de consumo.

O segundo grupo de casos reporta-se a outras mensagens publicitárias, promovidas igualmente pelo vendedor ou pelo prestador de serviço, que, não contendo todos os elementos necessários para formarem um proposta, descrevem bens a comercializar pelo anunciante ou lhes imputam atributos qualificativos. Como é evidente, a composição do conteúdo contratual nem sempre se obtém a partir de declarações completas. Pode também formar-se por coordenação de enunciados com aptidão contratual cujo conjunto integre os elementos correspondentes ao texto contratual. Ora, na minha opinião, os enunciados que se destinem à composição de uma multiplicidade de contratos com um contraente comum têm a natureza de cláusulas contratuais gerais. Os anúncios publicitários em análise poderão pois ter a natureza de cláusulas contratuais gerais predispostas pelo anunciante, se para tanto

for apto o seu conteúdo, e inserir-se, como tal, em contratos singulares, se satisfizerem os requisitos exigidos por lei<sup>31</sup>.

A aptidão de uma mensagem publicitária para ser considerada como cláusula contratual geral depende do seu sentido útil, ou seja, da sua vocação para preencher um lugar no conteúdo do contrato, através da referência a um ou mais dos seus elementos. Este requisito ter-se-á por verificado se do anúncio resultar a descrição ou qualificação do objecto contratual, sem excluir a qualificação gradativa. A indicação de “características concretas”, a que se refere o artigo 2.º, n.º 2, alínea d), do diploma aplicável à venda para consumo, pode ser usada como critério orientador aplicável a todos os contratos.

A inserção em contratos singulares depende da verificação dos requisitos exigidos pelo artigo 5.º do diploma sobre cláusulas contratuais gerais que, adaptados às circunstâncias próprias da actividade publicitária, serão os seguintes:

- conexão adequada entre o contrato e o anúncio, de tal modo que se compreenda a coincidência entre a referência ao objecto referido no contrato e o referente da descrição ou da qualificação constante do anúncio;
- oportunidade temporal, o que impõe não só a precedência temporal do anúncio mas também uma suficiente proximidade temporal, que exclui a eficácia da publicidade com a qual já não é razoável contar no momento da celebração do contrato.

O terceiro grupo de casos respeita às comunicações públicas em que a caracterização dos bens consta de mensagens publicitárias (as mais frequentes) promovidas pelo fabricante ou por outra empresa distinta do vendedor, situada no ciclo económico a montante deste (grossista, importador). A cisão entre a pessoa do contraente e o autor da mensagem não impede a sua relevância como cláusulas contratuais gerais, porquanto a lei admite que não haja coincidência entre o con-

---

<sup>31</sup> Conforme procurei demonstrar em obras anteriores: *Texto e enunciado...*, cit., p. 891 ss, 913 ss, e *Contratos I*, 3.ª ed., Coimbra, 2005, p. 163 s.



traente e o predisponente, que pode ser terceiro em relação às partes no contrato (cfr. artigo 2.º, *in fine*, do Decreto-Lei n.º 446/85). Necessário e suficiente é pois que se verifiquem os requisitos já apontados para as mensagens publicitárias promovidas pelo vendedor ou pelo prestador de serviço.

A predisposição por terceiro, em comparação com a predisposição por um dos contraentes, só será influente por aconselhar maior prudência na avaliação do requisito da conexão adequada. A Directiva comunitária sobre venda para consumo oferece, também neste ponto, um critério generalizável baseado na cognoscibilidade pelo vendedor da publicidade promovida pelo produtor (artigo 2.º, n.º 4, 1.º travessão<sup>32</sup>).

Esta qualificação das mensagens publicitárias como cláusulas contratuais gerais pode parecer surpreendente em função da forte associação destas ao risco de inserção de cláusulas abusivas em contratos de consumo. Na verdade, este é porventura o mais evidente dos aspectos de regime que, tanto na história do instituto como na sua regulação presente, têm sido contemplados. Mas não é o único. O direito português vigente é aliás um dos mais completos, porque abrange, embora com diferenças, tanto os contratos de consumo como quaisquer outros contratos, incluindo contratos entre empresas e contratos de trabalho, e porque regula, em extensão, além da ilicitude do conteúdo, também a composição deste (inserção, interpretação e integração).

Não há razão para considerar como cláusulas contratuais gerais apenas as que sejam favoráveis ao predisponente, em especial em direitos, como o português, em que o respectivo regime jurídico não exclui cláusulas relativas ao objecto. As cláusulas contratuais gerais podem ser ilícitas ou lícitas e, dentro destas, não se vislumbra qualquer fundamento para excluir as que sejam favoráveis aos destinatários.

Que estranho seria se, num mesmo anúncio, se aproveitassem para inserção em contratos singulares as cláusulas, porventura lícitas,

---

<sup>32</sup> O 2.º travessão corresponde ao requisito da oportunidade temporal, já referido; o 3.º travessão prevê um teste para aferir a conexão adequada. O diploma português não transpôs expressamente este preceito da Directiva, mas não se vê como, em substância, pode ser ignorada a orientação que contém.

que limitam a responsabilidade do fornecedor e se rejeitassem as cláusulas, igualmente lícitas, que atribuem ao objecto contratual determinadas qualidades positivas!

As mensagens publicitárias podem portanto inserir cláusulas contratuais gerais lícitas relativas à descrição ou à qualificação do objecto contratual, quer sejam predispostas por um dos contraentes (vendedor ou prestador de serviço) quer sejam predispostas por terceiro (fabricante ou outro distribuidor).

Se houver conexão bastante, ainda que implícita, com contratos em concreto, sejam ou não contratos de consumo, devem ser consideradas como declarações de “qualidades asseguradas pelo vendedor” ou pelo prestador de serviço.

Atrevo-me assim a concluir que *a descrição da coisa, a rotulagem e a publicidade, previstas expressamente pela lei para a qualificação do objecto em contratos de venda para consumo, são extensíveis à generalidade dos contratos como meios idóneos de referência*. Melhor seria que a lei fosse mais clara a este respeito, mas a omissão não impede em absoluto que o mesmo resultado se extraia dos institutos civis gerais.

Esta generalização pode subir ainda mais um grau. Se bem se atentar, as novidades legislativas aplicáveis, neste âmbito, aos contratos de consumo convergem num ponto: a supremacia das expectativas do comprador, *rectius*, das expectativas do adquirente ou do beneficiário do serviço, como critério básico de qualificação do objecto. Para que este seja também o critério básico nos restantes contratos, basta interpretar cada um dos enunciados contratuais e a globalidade do seu texto em conformidade com a impressão do declaratório, consagrada no artigo 236.º do Código Civil. O passo que separa este modelo interpretativo do tradicional modelo de garantia, que inspirou a redacção do artigo 913.º, é o mesmo que separa o princípio tradicional do *caveat emptor* da tendência actual de *caveat venditor*, verificável mesmo fora dos contratos de consumo. Do ponto de vista técnico-jurídico a actualização hermenêutica exige apenas que ao contrato de compra e venda, o mais frequente dos contratos, se apliquem também as regras mais gerais sobre a formação e o cumprimento dos contratos.

A aproximação dos regimes não deverá todavia atingir a plena coincidência. Onde, nos contratos de consumo, se justifica a imperatividade ao serviço de políticas de protecção, é admissível, noutros contratos, a supletividade que não coarcta a licitude da irrelevância de alguns critérios de qualificação do objecto, afastados por acordo contratual em sentido diferente. É a assisada orientação seguida no direito alemão, como resulta da comparação entre o § 434 e o § 475, com a redacção dada pela reforma de 2001.

## 8. Marcas: a pretensa função de qualidade

Na exposição antecedente acerca da qualidade do objecto não fiz qualquer menção às marcas de produtos ou serviços. É certo que a marca não consta do elenco dos padrões de qualidade relacionados no Código Civil e na legislação sobre venda para consumo. Perguntar-se-á todavia se as marcas não devem ser aditadas a esse elenco, tendo em conta a função de qualidade que, a par da função distintiva (ou de origem) e da função de publicidade (ou de atracção), lhes vem atribuindo uma parte significativa da doutrina<sup>33</sup>.

Função de qualidade desempenham de certo as marcas colectivas de certificação (cfr. Código da Propriedade Industrial, artigo 230.º) e as marcas de conformidade com as normas (cfr. Decreto-Lei n.º 184/93, de 19 de Maio). Apesar de a lei não o dizer claramente, a referência num contrato a marcas dessa natureza implica a padronização do objecto em relação aos elementos descritivos e qualificativos constantes da respectiva norma<sup>34</sup>. O mesmo efeito decorre da conexão estabelecida

<sup>33</sup> Ver, por todos, na literatura portuguesa, L. COUTO GONÇALVES, *Direito de marcas*, 2.ª ed., Coimbra, 2003, p. 17 ss, e, noutros direitos, C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Tratado sobre derecho de marcas*, Madrid, Barcelona, 2001, p. 56 ss; A. VANZETTI, "Funzione e natura giuridica del marchio", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1961, I, p. 16 ss; HUBMANN, GÖTTING & FORKEL, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 6.ª ed., München, 1998, p. 255 ss; W. R. CORNISH, *Intellectual Property: patents, copyright, trade marks and allied rights*, 3.ª ed., London, 1996, p. 527 ss.

<sup>34</sup> Por isso, se designam também como marcas de garantia; ver, sobre este ponto, FERNÁNDEZ-NÓVOA, ob. cit., p. 551 ss.

num contrato entre o objecto e outros direitos da propriedade industrial, como a patente, em relação às características constantes da respectiva patente (cfr. Código da Propriedade Industrial, artigos 51.º e seguintes), e a denominação de origem, em relação à origem regional do produto e às características que lhe estão associadas (cfr. mesmo Código, artigos 305.º, n.º 1, e 307.º, n.º 1).

O problema põe-se pois com acuidade apenas em relação a outras marcas, individuais e comuns, que são, de longe, as mais difundidas e influentes na comercialização de bens e de serviços. A maioria da doutrina rejeita uma função autónoma de qualidade das marcas, relegando-a, no máximo, para mera derivação da função distintiva ou de origem<sup>35</sup>. Minoritária é a corrente que reconhece à generalidade das marcas, além de outras funções, uma função de garantia que salvaguardaria tanto a constância da origem dos produtos como níveis de qualidade insusceptíveis de piorar<sup>36</sup>.

Para tomar posição, deve observar-se, antes de mais, que do registo das marcas individuais apenas consta a classe dos produtos ou serviços que a marca se destina a marcar, não havendo lugar para a menção de características ou qualidades específicas desses produtos ou serviços (artigo 237.º, n.º 3, com referência aos artigos 233.º e 234.º, todos do Código da Propriedade Industrial).

Por isso mesmo, as marcas individuais e comuns têm um valor de referência atípico, bem diferente de outros sinais distintivos da propriedade industrial. São nomes comuns, na medida em que designam uma classe de indivíduos, mas, enquanto a generalidade dos nomes comuns se define pelas suas características, a marca indica, por si só, apenas um conjunto de objectos a que foi, ou pode ser, aposta essa mesma marca (ou, no limite, nenhum objecto, se a marca registada nunca for usada), sem nada indicar geralmente acerca da natureza, da composição ou das qualidades do objecto marcado<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Assim, entre nós, COUTO GONÇALVES, ob. cit., p. 25 s.

<sup>36</sup> Assim, entre nós, J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, 5.ª ed., Coimbra, 2005, p. 367 ss.

<sup>37</sup> A. F. RIBEIRO DE ALMEIDA, *Denominação de origem e marca*, Coimbra, 1999, p. 334.

A marca esgota totalmente o seu significado nos sinais de que se compõe, os quais, visualizados no objecto onde estão apostos, remetem de novo para a marca. Este circuito de referências fecha-se sobre si mesmo, sem lhe aditar geralmente nenhum significado qualitativo. Sob este aspecto, a marca aproxima-se dos nomes próprios, porque identifica o referente sem o descrever. A marca designa, de modo circular, apenas o conjunto de produtos dessa marca, sem nada (ou quase nada) esclarecer além de que o produto pertence à classe de produtos identificados com essa marca.

Só assim não é na escassa medida em que algum dos sinais componentes da marca seja indicativo ou sugestivo de uma classe definida de bens (por exemplo, *Rum Negrita*, *Fresh Joghurt*), de determinada proveniência (*Helvetic*) ou de outra qualidade (*Cristalis*)<sup>38</sup>.

A generalidade das marcas não dispõe porém de sinais dotados de qualquer sentido comum, porque derivam de nomes próprios ou são constituídas por acrónimos ou resultam de criações fonéticas e/ou gráficas (*Sagres*, *Parker*, *Philips*, *Lipton*, *Osram*, *Compal*). Não se vislumbrando então na marca qualquer referência qualitativa, nem intrínseca (pelo sentido dos sinais) nem extrínseca (por remissão para o registo), não se vê como dela pode resultar, sem mais, uma função jurídica de qualidade.

Estas conclusões não resultam prejudicadas pela invocação dos preceitos do Código da Propriedade Industrial que conferem relevância ao erro acerca da natureza, qualidade ou origem geográfica dos produtos a que a marca se destina (artigo 239.º, alínea l) ou em que a marca está aposta (artigo 269.º, n.º 2, alínea b).

Na verdade, o artigo 239.º, alínea l), erige o erro em fundamento, entre outros, para a recusa do registo da marca. Como o registo pode ser anterior ao uso efectivo da marca, é evidente que um tal erro consiste necessariamente na divergência entre o significado dos sinais

---

<sup>38</sup> Os exemplos são extraídos da cit. obra de COUTO GONÇALVES, p. 113 s, referindo-se todos eles a casos em que os tribunais portugueses decidiram recusar a admissibilidade da marca para produtos sem a natureza, a proveniência ou a qualidade sugeridas.

(se algum tiverem) e o universo dos bens a que a marca se destina. Só vale portanto para marcas indicativas ou sugestivas de certas classes ou características de bens.

A redacção do artigo 269.º, n.º 2, alínea b), é homóloga da redacção do artigo 239.º, alínea l), apenas com diferença quanto ao momento de avaliação da discrepância, que, por ser posterior ao registo, constitui fundamento de caducidade da marca, por uso indevido fora do âmbito para o qual o registo da marca fora concedido.

O juízo da entidade registradora limita-se, em ambas as situações, à comparação entre os sinais componentes da marca e a classe de bens em que a marca pode ser aposta. Não se descortina em nenhum dos preceitos legais qualquer indício, literal ou teleológico, que sustente a admissibilidade de apreciação de discrepância entre as qualidades efectivas que o produto ou o serviço tinham em dado momento e as qualidades que em momento posterior passaram a ter. A marca não pode dar indicações falsas, mas a verdade a respeitar pelo titular da marca não ultrapassa a vertente negativa<sup>39</sup>. Por enquanto, a propriedade industrial apenas “desempenha a função de garantir a lealdade da concorrência, pela atribuição de direitos privativos” (Código da Propriedade Industrial, artigo 1.º).

Se, apesar de tudo, se admitisse tal função de qualidade, restaria ainda resolver quais os seus precisos efeitos jurídicos na hipótese de divergência entre as qualidades efectivas e as qualidades esperadas nos bens de uma determinada marca:

- apenas a caducidade da marca?
- também a responsabilidade civil do titular da marca?
- também ainda os efeitos do cumprimento defeituoso por desconformidade entre a coisa prestada e as qualidades sugeridas pela marca, tacitamente inseridas no contrato, mesmo quando o contraente não seja o titular do direito de marca ou de licença de marca?

---

<sup>39</sup> J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial. Direito Industrial*, Lisboa, 1988, p. 150.

O primeiro remédio, correspondente ao máximo que se poderia extrair do Código da Propriedade Industrial, ficaria aquém do que a própria tese sugere: a garantia de qualidade. Como justificação de qualquer dos outros, exigem-se fundamentos complementares que carecem de demonstração.

As teses que sustentam a responsabilidade civil (contratual ou extracontratual) do produtor perante o consumidor pela frustração da qualidade dos produtos são tão variadas quanto dispersas<sup>40</sup>. Raras são aquelas que fundamentaram tal responsabilidade apenas nas expectativas criadas pela marca. Para a mais nítida e ousada destas teses, a marca tem o valor de mensagem dirigida ao público com o sentido de assegurar o fabrico regular e isento de defeitos<sup>41</sup>. Nenhuma dessas teses logrou êxito assinalável. Não conheço nenhuma tese que, com base apenas na marca, tenha estendido a responsabilidade ao contraente que não seja titular da marca.

## 9. Marcas: função de referência e de conexão

A marca individual e comum, sem sentido descritivo, não desempenha pois, por si mesma, uma função de (garantia de) qualidade. Não deixa por isso de ser relevante como meio indirecto de qualificação dos objectos contratuais que sejam bens de marca. Como? Através da referência para mensagens publicitárias e para outros instrumentos de promoção dos bens.

---

<sup>40</sup> Para uma informação sobre essas teses, ver o meu *Texto e enunciado...*, cit., p. 970 ss, 1064 ss. A tese que eu próprio sustentei neste livro (p. 1016 ss) não se funda na marca, mas na promessa pública emergente de certificados de garantia e de mensagens publicitárias. A marca funciona tão só como elemento de conexão entre a mensagem publicitária e o produto marcado (cfr. n.º 9, *infra*). Entretanto uma parte dos efeitos práticos destas teses desvaneceu-se perante a legislação que consagrou a responsabilidade civil do produtor por danos causados por acidentes e, nalguns direitos, pela sua extensão a outros danos (sobre isto, pode consultar-se o meu *Direito do Consumo*, cit., p. 169 ss, com uma perspectiva de futuro na p. 210).

<sup>41</sup> K. MÜLLER, "Zur Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Endverbraucher", *Archiv für die civilistische Praxis*, 165, 1965, p. 285 ss.

Se num dado contrato a referência a um determinado objecto ou conjunto de objectos incluir a menção de uma certa marca, uma tal referência vale, no seu todo, como descrição do objecto. Se, no acto de cumprimento, não houver correspondência entre a marca referida e a marca do objecto prestado, haverá incumprimento. A marca serve como elemento de caracterização, mas, sem mais, não representa qualquer aditamento qualitativo.

Outra é porém a situação na hipótese, muito frequente, de o contrato ser precedido de actividade publicitária ou da divulgação de folhetos informativos que contenham elementos de qualificação dos bens de marca referidos no contrato. Ora, como se viu, a publicidade e a literatura informativa têm, em circunstâncias de adequada conexão e de oportunidade temporal, o valor de padrões atendíveis na qualidade do objecto contratual. A marca serve precisamente como meio de referência e de conexão (intertextual) entre o texto do contrato e o texto das mensagens publicitárias ou informativas. Aquilo que destes consta transporta-se, implicitamente, para o conteúdo do contrato. A relevância qualitativa não deriva da marca, deriva da publicidade ou de outra informação, mas, sem a marca, a conexão dificilmente se poderia estabelecer.

A marca, qualquer marca, serve pois como sinal de remissão para as qualificações atribuídas em declarações públicas aos produtos dessa marca. Não se trata de imutabilidade das características ou do nível de qualidade dos produtos de marca, que a lei só impõe por efeito das marcas de certificação e de conformidade. Em relação aos restantes bens de marca, é livre a flutuação, também para pior, das características dos produtos marcados.

Mas uma tal flutuação já não se admite na comparação entre os bens marcados e os bens como tal publicitados. Durante o período de “vigência” das respectivas declarações públicas, estas valem como cláusulas contratuais gerais que, em circunstâncias adequadas de inserção, devem ser observadas pelo contraente fornecedor, seja ou não o anunciante. Como a promoção comercial é hoje em dia quase sempre baseada em marcas, a marca é, por excelência, o meio de conexão pelo qual a publicidade e outras declarações públicas assumem relevância na qualidade dos objectos contratuais.





# NOVAS REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS<sup>1</sup>

JUDITH MARTINS-COSTA

Doutora e Livre Docente pela  
Universidade de São Paulo.  
Professora Adjunta de Direito Civil  
na Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul

*“Normas jurídicas devem ser feitas de tal modo que possam ser vistas ao mesmo tempo sob aspectos diferentes como leis coativas e como leis de liberdade. Deve ser no mínimo possível seguir normas jurídicas não porque elas coagem, mas sim porque são legítimas”. (J. Habermas).*

**Sumário:** Introdução. I) FUNÇÃO SOCIAL E LIBERDADE DE CONTRATAR: UMA AUTONOMIA SOLIDÁRIA. (A) Liberdade, autonomia e responsabilidade. (B) O enquadramento normativo da liberdade de contratar. II) A LIBERDADE DE CONTRATAR SERÁ EXERCIDA NOS LIMITES DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. A) Limites externos ou internos? B) A função social como limite externo. III) A LIBERDADE DE CONTRATAR SERÁ EXERCIDA EM RAZÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. (A) As eficácias e os deveres; (B) Eficácias transubjetivas do princípio da função social. Conclusão.

---

<sup>1</sup> Esse texto teve origem em palestra apresentada no I Congresso Ítalo-Luso-Brasileiro de Direito Civil Comparado, realizado pela EDESP-FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, com apoio do Instituto Luso-Brasileiro de Direito Comparado em São Paulo, junho de 2004. Uma versão foi publicada com o título “Reflexões sobre a Função Social dos Contratos” em *O direito da Empresa e das obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro* (org: CUNHA, Alexandre dos Santos. São Paulo, Editora Quartier Latin, 2004, pp.218-248). Presentemente foram aumentadas e atualizadas as referências bibliográficas; precisados conceitos e distinções (para o que agradeço a inestimável

## Introdução

O princípio da função social<sup>2</sup>, ora acolhido expressamente no Código Civil brasileiro (arts. 421 e 1.228, § 1.º) como um dos seus

---

colaboração crítica de Jorge Cesa Ferreira da Silva) e acrescidas considerações para a melhor explicitação de certos pontos abordados no texto, o que justifica o substantivo “novas” agora apostado ao título. Essas “novas reflexões” retomam e dão seguimento a estudos realizados no âmbito do Projeto de Pesquisa CNPq – *A Reconstrução do Direito Privado* (que consolida os anteriores projetos: *As Inter-relações entre o Público e o Privado – 1992 a 1999* ; *A Autonomia Privada diante da Concepção Social do Contrato – 1999*; e *As inter-relações entre o Direito Público e o Direito Privado: a ação transformadora dos princípios constitucionais no Direito Civil -2000-2003*) bem como na disciplina *Teoria Geral dos Contratos* da Faculdade de Direito da UFRGS desde 1992, e no Grupo de Estudos em Direito Privado que resultaram, por ora, nos livros: *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; *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. V. *Do Adimplemento das Obrigações* (tomo I) e *Do Inadimplemento das Obrigações* (tomo II). Rio de Janeiro, Forense, 2002 (1.ª ed.) e ainda nos textos: *Notas sobre a Função Social dos Contratos*, in *Revista Literária de Direito*. Ano X, n. 53, agosto-setembro de 2004, pp.17-2130; *Sobre o princípio da insolidariedade :os cumes das montanhas e os universos submersos*. (MARTINS-COSTA, Judith, no prelo); e nos trabalhos de pesquisa: *A Re-significação do Princípio da Autonomia Privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa* (autora: PARGENDLER, Mariana de Souza. Orient. MARTINS-COSTA, J. – In: *Jovens Pesquisadores – diversidade do fazer científico*. (org.) CRUZ, T. e ROCHA, M. Porto Alegre. UFRGS Editora), 2003, pp. 91-116; e *As origens Doutrinárias e a Interpretação da Função Social dos Contratos no Código Civil Brasileiro* (Autor: BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Tese de Doutorado. Orient. MARTINS-COSTA, Judith. Porto Alegre, junho de 2006).

<sup>2</sup> Sem desconectar da idéia de “função social a idéia de “função econômica” no campo dos contratos, distingo o princípio da função social dos contratos da noção de “causa-função” (BETTI). Esta, não se identificando com o princípio da função social é, entretanto, um seu elemento de concreção. Considerada autonomamente, a causa-função atua como critério auxiliar na definição do tipo e do regime jurídico, em especial nos contratos “em grupo” ou “em rede”. Como se sabe, a idéia de função econômico-social do contrato, na acepção que começou com a doutrina de Emilio Betti (divulgada no Brasil por Orlando Gomes) considera a causa-função (causa econômico-social) de um modo abstrato (isto é, a causa é sempre igual em todos os contratos do mesmo “tipo”). Posteriormente, essa doutrina evoluiu para se alcançar a idéia de “causa concreta”. Como afirma Guido ALPA, considera-se causa “in quanto ragione

“pontos altos”<sup>3</sup> constitui, em termos muito gerais, a expressão da socialidade no Direito Privado<sup>4</sup>, projetando em seus *corpora* normativos e nas distintas disciplinas jurídicas a diretriz constitucional da solidariedade social (Constituição Federal, art. 3.º, III, *in fine*). Conquanto expresso no Código Civil em tema de propriedade e contrato, o princípio manifesta-se também no Direito da Empresa<sup>5</sup>: conjugando os fatores

---

giustificativa dell'operazione economica, è un elemento logico-strutturale della veste giuridica in cui l'operazione è calata. Essa serve a spiegare le ragioni del vincolo e tante altre cose come i contratti atipici, i contratti misti e complessi, ecc”(ALPA, Guido, La causa e il tipo. In: *I Contratti in Generale* (org.) GABRIELLI, Enrico, Turim, UTET, 1999, p. 513). Nesse sentido a causa (como função econômico-social concreta, do particular negócio examinado) é útil instrumento para discernir entre a razão justificativa do ato, a função econômica do negócio e o intento prático das partes que muitas vezes não deve ser buscada no contrato, mas tem natureza sistêmica, supra-contratual. É que o princípio da liberdade contratual tem reflexos não apenas nos limites ao conteúdo contratual, mas, por igual, na definição do tipo contratual (liberdade de escolha do tipo). Por isso, o art. 421 terá projeções também no campo da atipicidade, em especial nos grupos de contratos e nos “contratos em rede”, servindo para auxiliar a qualificação desses negócios complexos pelo relevo que dá à sua funcionalidade econômico-social, ajudando, assim, a perceber a sua unidade finalista. A noção de “função econômica” tem, assim, privilegiada atuação nos contratos atípicos (atipicidade de causa-função) e nos reunidos por conexão finalista, como os “grupos de contratos” e os “contratos combinados” e as “redes contratuais” (Examinou a conexão entre o princípio da função social do contrato e a teoria bettiana da causa Gerson Luiz Carlos BRANCO, in: *As origens Doutrinárias e a Interpretação da Função Social dos Contratos no Código Civil Brasileiro*. Tese de Doutorado, Porto Alegre, 2006, no prelo).

<sup>3</sup> REALE, Miguel. Função Social do Contrato. In: REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 266.

<sup>4</sup> Situando a socialidade como uma das “diretrizes teóricas” do novo Código Civil, REALE Miguel, na Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil, ora em *O Projeto de Código Civil – Situação atual e seus problemas fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1986, p.9. Também acentua essa ligação TOMAS E VICIUS FILHO, Eduardo. Função Social do Contrato: Conceito e Critérios de Aplicação. In: *O direito da Empresa e das obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro*, coordenação: Alexandre dos Santos Cunha. São Paulo, Editora Quartier Latin, 2004, p. 190.

<sup>5</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A Reforma da Empresa. *Revista de Direito Mercantil*, n. 50, 1983, pp. 57-74; COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. *Revista de Direito Mercantil*, vol. 63, ano XXV (nova série), 1986, pp. 71-79. SALOMÃO FILHO, Calixto. Sociedade Anônima: interesse público e privado.

da produção (trabalho, capital e recursos humanos) e os agentes do processo econômico (consumidor, trabalhador e empresário), as empresas têm, indiscutivelmente, *dimensão transindividual* ou *comunitária*. Assim, embora o silêncio *na letra* do Código sobre a função social ao regular o Direito da Empresa, não há dúvida sobre a sua base constitucional<sup>6</sup> e sistemática<sup>7</sup>.

Porém, se é bem verdade que o princípio da função social, como expressão da “diretriz da socialidade”, indica um rumo a seguir, oposto ao do individualismo predatório – “individualismo troglodítico” que, conforme Oliveira Vianna marcou a formação social do Brasil-Colônia<sup>8</sup> –, também é certo que a expressão se estende sobre um território tão vasto quanto acidentado. Para encontrar o *conteúdo dogmático* do princípio da função social do contrato é preciso remover antigos preconceitos<sup>9</sup>, percorrer trilhas recobertas por incertezas e ensaiar novas respostas para velhas dúvidas, pois tão inútil quanto apenas proclamar a importância do princípio é repetir sonoras platitudes. Por isso, como o viajante que ao seguir a trilha ignota busca o *panorama* onde situar-se – para só então se ocupar dos marcos indicativos das possíveis direções – também assim, em relação ao art. 421, devemos, primeiramente, *olhar em volta*.

---

Revista de Direito Mercantil.vol. 127, pp. 7-20. SALOMÃO FILHO, Calixto . Função Social do Contrato: primeiras anotações. In RT, vol. 823, São Paulo, 2004, pp. 67-87; FARAH, Eduardo. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In. *A Reconstrução do Direito Privado*. (org. MARTINS-COSTA, Judith). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 662-713

<sup>6</sup> CF, art. 5.º, inciso XXIII; e art. 170, III.

<sup>7</sup> A regulação da atividade empresarial está, na estrutura do Código, na intercalação entre o princípio da função social do contrato e o da propriedade.

<sup>8</sup> OLIVEIRA VIANNA, F. J. *Populações Meridionais do Brasil*. Primeiro vol. 5.ª ed., 1952, p. 237. Para o autor, os clãs rurais se conservam “desde o primeiro século, no seu insulamento inicial, oriundo do regime dos grandes domínios independentes” de modo que nada ocorre em nossa história, “geral ou local, que force os senhores de engenhos e cafezais, isto é, os grandes chefes de clãs rurais, à prática prolongada da cooperação e da solidariedade” (pp. 237-241).

<sup>9</sup> Um deles consistindo em identificar o “social” com o “estatal”, como se apenas a função estatal pudesse assegurar a função social.

A primeira constatação, a que salta aos olhos, é de *ordem estrutural*. A noção de estrutura como “um todo de significações” 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 do Código Civil brasileiro<sup>10</sup>. Coligada à noção de *estrutura* está a de *sistema* e, por fim, a de *função*, 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>11</sup>.

Seguindo a perspectiva estrutural e funcional constataremos de imediato que o art. 421 indica três sendas que vale a pena trilhar: a) vem colado ao princípio da liberdade de contratar, inaugurando a regulação, em *caráter geral*, do Direito dos contratos e situando-se como princípio desse setor; b) refere a função social como *limite* da liberdade de contratar; e, c) situa a função social como *fundamento* da mesma liberdade.

Essas três sendas conformam a estrutura desse trabalho constituindo, ao mesmo tempo, o seu continente e seu conteúdo.

## D) FUNÇÃO SOCIAL E LIBERDADE DE CONTRATAR: UMA “AUTONOMIA SOLIDÁRIA”.

O Direito contratual na atualidade, diz Teresa Negreiros, tem como característica estar situado num “quadro de referências principiológicas”<sup>12</sup>. Inaugurar com a principiologia o Livro dos contratos evi-

---

<sup>10</sup> Reale considera a noção de “estrutura” segundo a acepção 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.<sup>a</sup> edição, 2.<sup>a</sup> tiragem, Ensaios III e VII).

<sup>11</sup> REALE, Miguel, *O Direito como Experiência*, São Paulo: Saraiva, 1999 2.<sup>a</sup> edição, 2.<sup>a</sup> tiragem, p. 152.

<sup>12</sup> NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de, *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 205.

dência o valor simbólico, operativo, performático<sup>13</sup> e prospectivo que advém da fixação, na lei, de princípios que já foram apontados pela doutrina e expressos pela jurisprudência. Enquanto no Código de Bevilacqua (Código Civil brasileiro de 1916), a principiologia vinha implícita – cabendo ao intérprete deduzir os princípios a partir da racionalidade do sistema – no Código de 2002 os princípios vêm explícitos, inaugurando a própria disciplina contratual.

A ausência de explicitação dos princípios, no Código de 1916, era uma *ausência eloqüente*: indicava certo papel atribuído aos princípios na compreensão, construção, interpretação e na aplicação do Direito. Estes não eram tidos como verdadeiras normas jurídicas, tinham papel apenas supletivo ou argumentativo, sendo chamados a atuar no caso de lacunas ou para confirmar a “razão de ser” de determinada regra.

Já agora o panorama é diverso. Os princípios, sendo anunciados (e de forma altissonante) já no pórtico do Direito Contratual, se está a indicar que o seu valor é integrativo da disciplina contratual e vinculante ao intérprete. Os princípios compõem cada um deles, na dimensão do peso e da ponderação que lhes é própria, a estrutura dos institutos e das regras contratuais. Daí também o seu valor operativo e prospectivo, valor de *normas produtoras de normas*.

Pois bem: o primeiro princípio a aparecer no texto do art. 421 é o *princípio da liberdade de contratar*. Seria esse princípio mera decor-

---

<sup>13</sup> Neologismo que vem do inglês *performer*, figura que, diferentemente do ator que, no teatro, interpreta a personagem que lhe é atribuída, cria o próprio papel. Ato performativo são aqueles em que a mera enunciação das palavras nas circunstâncias adequadas pelas pessoas competentes, têm como efeito a produção dos efeitos jurídicos correspondentes ao seu significado, como explica FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Contratos. Conceito. Fontes. Formação*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 26-27 e, amplamente, em *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*. Coimbra, Almedina, 1992, pp. 121-176, em que explica ser o negócio jurídico ato performativo seja em razão de sua qualificação como ato, isto é, como enunciação performativa em que há correspondência entre significado e efeito, seja porque é um ato no qual se insere um enunciado performativo. Nesse sentido o negócio jurídico, “sendo uma realidade mais complexa do que a enunciação performativa, não existe sem que na sua formação se contenha ao menos um enunciado performativo, cuja composição (implícita ou explícita) inclua alguma forma verbal do tipo “prometo...”; “constituo...”; “proponho...”. (p. 138).

rência da “autonomia da vontade”? Poderia ser visto por si só? Ou teria ligação estrutural e funcional com o princípio da função social do contrato?

### A) Liberdade, autonomia, responsabilidade.

A liberdade é valor fundante, decorrência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana quem se reconhece, pré-juridicamente, a *autodeterminação* como valor ético fundamental<sup>14</sup>. Acreditou-se, primeiramente, na “dívida de Prometeu” – que teria dado aos homens a plenitude do pensamento “que pode se impor àquilo que é” – mas houve, em seguida, a descoberta de Sófocles: o homem ensinou a si mesmo a palavra e o pensamento. Então se percebeu que “a essência do homem (*to deinon*) é a sua própria autocriação”<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Assim o declarou, por exemplo, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, no Acórdão de 28 de outubro de 1997, Processo n.º 462/97, 1.ª seção, *in verbis*: “O princípio da autonomia privada consagra a possibilidade de os sujeitos jurídico-privados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as suas posições activas reconhecidas pela ordem jurídica. Este princípio liga-se ao valor da autodeterminação da pessoa e, mais em geral, à sua liberdade positiva, entendida, na feliz expressão de Orlando de Carvalho, como ‘direito de informar o mundo e conformar-se a si próprio’”. (Boletim do Ministério da Justiça de Portugal, n.º 470, novembro de 1997 p. 597). Na doutrina a idéia é corrente, v.g: AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Autonomia privada*, Revista do CEJ: Centro de Estudos Judiciários, Brasília, Conselho da Justiça Federal, set/dez 1999, n. 9, p. 25-30. Entre os autores portugueses, consultei MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.ª ed. Atualizada por Antonio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, em especial pp. 102 et seq. SOUSA RIBEIRO, J. *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra. Almedina, 1999, pp. 23 et seq; PINTO MONTEIRO, Antonio, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 42 et seq;. Na doutrina italiana: SACCO, R., e DI NOVA, G.: *Il Contratto*. Tomo II. Roma, UTET, 1996; p. 8; BENEDETTI, Giuseppe, “Tutela del consumatore e autonomia contrattuale”. *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, mar 1998, a.LII, n. 1, p. 24; PELLICANI, Luciano. *La riscoperta dell’autonomia privata*. *Rivista di Diritto Civile*, 1980, p. 27-31.

<sup>15</sup> As referências ao Prometeu Acorrentado (v.443-444) e à Antígona (v.332-375) estão em CASTORIADIS, C. “Antropogonia em Ésquilo e autocriação do homem em



Se formos fiéis à descoberta de Sófocles<sup>16</sup> concluiremos que a liberdade está no coração do Direito Civil, que é o direito das pessoas que vivem na *civitas*, em comunidade. O problema está no modo de entender-se a liberdade.

Não se trata, a meu ver, nem de uma “liberdade consentida”<sup>17</sup>, nem de uma liberdade exercida no vazio, mas de uma *liberdade situada*. Desde as descobertas de Marx e de Freud sobre os condicionantes econômicos e psíquicos que acabam por ser constituintes do sujeito, as palavras “liberdade”, “autonomia” e “autodeterminação” devem ser compreendidas circunstancialmente, sob pena de se tornarem, para o Direito, *palavras encantadas*.<sup>18</sup> Trata-se, ainda mais, de uma *liberdade eticamente situada*, isto é: nas circunstâncias que envolvem (isto é: *situam*) a liberdade, se deve considerar os efetivos poderes sociais de

---

Sófocles”, *Figuras do Pensável – As encruzilhadas do labirinto*. Vol. VI. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2004, p. 17-46.

<sup>16</sup> A proposição terá validade apenas se acreditarmos, como os gregos do séc. V a.C “que os homens nada tomaram aos deuses e nenhum deus lhes deu o que quer que fosse”, o que sintetiza, na opinião de Castoriadis, o espírito do glorioso século V. (CASTORIADIS, C. Antropogonia em Ésquilo e autocriação do homem em Sófocles. In: *Figuras do Pensável – As encruzilhadas do labirinto*. Vol. VI. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2004, p. 34).

<sup>17</sup> Não se confunda, porém, a recusa à idéia de ser a liberdade objeto de um “consentimento” heterônomo com a extensão, desta mesma idéia, à autonomia privada: ao diferenciar-se a liberdade (conceito político e filosófico) da autonomia privada (conceito técnico-jurídico) percebe-se que esta corresponde a um espaço de liberdade jurídica e, portanto, atribuída, pelo Direito, às pessoas, podendo definir-se como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos”. (MENEZES CORDEIRO, *A Tratado de Direito Civil Português*. Tomo I. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 217. Nesse sentido desdobra-se em uma perspectiva formal, correspondente “à impossibilidade em que se encontra o Direito de prever todos os efeitos concretos”, e em uma perspectiva material, essa sim correspondente a setores de liberdades econômicas, como a de trabalho e a de empresa. (idem, p.218-219).

<sup>18</sup> A expressão “palavra encantada” foi usada em 1935 por Felix S. Cohen no âmbito do realismo jurídico norte-americano ao apresentar o “método funcional” que visava afastar uma concepção metafísica do Direito, traduzida, entre outros fatores, pelo emprego de “conceitos desprovidos de significado”, isto é, que não poderia ser traduzidos em termos de experiência efetiva (COHEN, F. S. *El método funcional en el derecho*. Tradução espanhola de Genaro Carriò. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 55).

expressão da liberdade de ação, sendo essa liberdade sempre modulada, no caso, pela incidência de outros princípios e regras, por exemplo: as regras de proteção da parte contratualmente frágil; o princípio da proteção da livre iniciativa que implica a formulação de regras garantindo a livre concorrência; o conjunto normativo atinente – nos diferentes campos jurídicos em que se realizam contratos – à disciplina informativa, incluso o princípio da transparência no mercado de consumo; os princípios destinados à proteção de bens de interesse comunitário, como o meio ambiente sadio, etc. É que, como afirma Jan Schapp, a liberdade, em sentido ético, constitui a possibilidade da “livre eleição em instituições de índole ético-cultural”, isto é, a “orientação da ação mediante determinadas instituições valiosas de índole ético-cultural”<sup>19</sup>. Portanto, para não se tornar uma *expressão encantada*, o princípio da liberdade atuará em medidas de intensidade escalonadas no âmbito das instituições geradas na História pela sociedade, direcionando-se consoante os valores (expressos deontologicamente em princípios e em regras) dessa mesma sociedade<sup>20</sup>.

A liberdade éticamente situada é a liberdade que se exerce na vida comunitária, isto é: o lugar onde imperam as leis civis. Essa clivagem fundamental já estava em Sófocles, acima lembrado<sup>21</sup>. Daí a

<sup>19</sup> SCHAPP, Jan. *Derecho Civil y Filosofía del Derecho. La Libertad en el Derecho*. Tradução espanhola de Luis Villar Borda, Universidad Externado, Colômbia, 1998, pp. 19 e 42.

<sup>20</sup> Lembra Antonio Pinto Monteiro a “reconhecida influência que o dinamismo econômico e social tem exercido sobre o direito” como a própria “nota marcante da multividência jurídica actual”, recordando as palavras de MOTA PINTO para o qual o sentido e a razão de ser do Direito estão justamente na “construção pelo homem do mundo histórico”. Porém, observa, “a transformação jurídica não opera mecanicamente, numa atitude indiferente, axiologicamente neutra”. A “harmonização da realidade jurídica ao dado social se realiza através da mediação jurídico-normativa, desempenhando o direito um papel moderador e de conformação social, na busca de soluções que se ajustem às necessidades práticas sem descuidar, todavia, a implementação dos valores comunitários, ético-juridicamente assumidos” (PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*. Coimbra, Almedina, 2002, p.p. 14 a 17).

<sup>21</sup> Por isso, diz Castoriadis, o tema real da tragédia não é nem a luta entre Antígona e Creonte, nem a contradição entre moral e razão do Estado, muito menos

*mediata referência*, logo após a liberdade de contratar, à função social do contrato; daí a razão pela qual liberdade e função social se acham *entretecidos*. Esse entretecer, situando o exercício da autonomia na vida comunitária gera uma nova idéia, a de autonomia (privada) solidária<sup>22</sup> derivada da síntese dinâmica das duas idéias-força do art. 421<sup>23</sup>: liberdade de contratar e função social do contrato, conjugando-se, sepultam de uma vez por todas a concepção *voluntarista* da autonomia.

É que, como “liberdade situada”, a liberdade de contratar a que alude o art. 421 é elemento componente e manifestação da *autonomia privada*, compreendida como “o processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação das relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam<sup>24</sup>”. Entenda-se “autonomia privada” como poder ou competência para a nomogênese<sup>25</sup>, como *especificação*, no Direito (e,

---

a oposição do indivíduo ao Estado (interpretações modernas, plenas de anacronismos), mas a razão pela qual tanto Antígona quanto Creonte se tornaram *apolis*. Não pode haver cidade (polis, comunidade) sem leis próprias, nem a comunidade pode ser reduzida ao *nomos phronein*. No confronto entre um e outro está, pois, “o problema último do homem autônomo: a autolimitação do indivíduo e da comunidade política” (CASTORIADIS, C. Antropogonia em Ésquilo e autocriação do homem em Sófocles. In: *Figuras do Pensável – As encruzilhadas do labirinto*. Vol. VI. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2004, p.p. 36-38)

<sup>22</sup> E, nesse sentido, realizando-se na vida comunitária, “socializa-se” e se solidariza na relação de alteridade, tornando-se distinta de uma noção atomista ou individualista de “autonomia”, tão bem expressa na expressão “autonomia da vontade”.

<sup>23</sup> A propósito escreveu Reale: “Na elaboração do ordenamento jurídico das relações privadas, o legislador se encontra perante três opções possíveis: ou dá maior relevância aos interesses individuais, como ocorria no Código Civil de 1916; ou dá preferência aos valores coletivos, promovendo a “socialização dos contratos”; ou, então, assume uma posição intermédia, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções equitativas e concretas. Não há dúvida de que foi essa terceira opção a preferida pelo legislador do Código Civil de 2002”. (REALE, Miguel. Função Social do Contrato. In: REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p.268).

<sup>24</sup> Assim expressa, nos quadros de uma linhagem que remonta, na doutrina do séc. XX à obra fundamental de Emilio BETTI, Joaquim de SOUZA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra. Almedina, 1999, p. 21.

<sup>25</sup> Destacando a autonomia como poder e como fonte, REALE, M., *Fontes e Modelos no Direito. Para um novo Paradigma Hermenêutico*, São Paulo, 1994, p.73.

muito especialmente, no Direito das Obrigações) da *autodeterminação*, que é noção da filosofia e “princípio constitutivo do político<sup>26</sup>”. E *não se entenda* “autonomia privada” como “autonomia da vontade”, expressão que designa, concomitantemente; a) uma construção ideológica, datada dos finais do século XIX por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico, constituindo “um mito voluntariamente tecido pelos detratores do individualismo, para melhor criticar os seus excessos”<sup>27</sup>; b) uma explicação dada ao fenómeno contratual, visualizando-o exclusivamente pelo viés do acordo ou consenso mútuo; c) a tradução jurídica de uma forma econômica própria do capitalismo comercial oitocentista, ainda não dominado pela grande empresa e pela produção em massa, aceitando-se, então, a idéia de uma quase que “espontânea” composição dos interesses econômicos interprivados<sup>28</sup>.

Desconectada do voluntarismo que tanto a perturbou<sup>29</sup>, a autonomia privada (locução que tem seu peso forte no primeiro termo do sin-

---

Na doutrina portuguesa, FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Vol. I, Coimbra; Almedina, 1992, p. 8.

<sup>26</sup> SOUZA RIBEIRO, Joaquim, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra. Almedina, 1999, p. 24, nota 27, anotando: “No domínio da esfera pessoal (...) e da esfera familiar (...) a autodeterminação só nos nossos dias se vem afirmando, contra enormes resistências, como um valor, constituindo ainda, em muitos ordenamentos, por um ideal por cumprir. Como princípio constitutivo do político, ela só tardiamente alcança uma (freqüentemente ameaçada) consagração, sob a roupagem do princípio democrático”.

<sup>27</sup> IZORCHE, Marie-Laure, “La liberté contractuelle”, in “*Droits et Libertés Fondamentaux*”, Paris, Dalloz, 1997, p. 503, traduzi. Veja-se a precisa análise de SOUSA RIBEIRO acerca dos “deslizamentos” da concepção moral autonômica ao conceito técnico-jurídico, perdendo a locução, ao longo dos séculos XIX e XX, “toda a ressonância kantiana”, firmando-se pelo princípio voluntarista e afirmando-se, tecnicamente, pela ligação da vontade aos efeitos. (In: *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra. Almedina, 1999, pp. 24 e ss, em especial nota 28).

V. IRTI, Natalino, “Il negozio giuridico come categoria storiografica”, *Quaderni Fiorentini – per la storia del pensiero giuridico moderno*, n.º 19, 1990, p. 574.

<sup>29</sup> O voluntarismo esteve na base da estruturação do Direito obrigacional moderno, servindo para explicar tanto o contrato quanto a responsabilidade civil, justificando o primeiro como manifestação da “autonomia da vontade” e o dever de indenizar como

tagma<sup>30</sup>) encontra *necessária conexão funcional* no alargamento da idéia de responsabilidade<sup>31</sup>.

---

consequência exclusivamente de um agir culposo, uma vez que a culpa era, nesse modelo bipolar, subsumida na imputabilidade a uma vontade livre e consciente que poderia ter movido a ação a um agir não-culposo. Vejam-se os surpreendentes resultados da pesquisa de Mariana Pargendler na jurisprudência do STJ e do TJRS buscando averiguar o que os juizes compreendiam pelos sintagmas “autonomia da vontade” e “autonomia privada. (In: PARGENDLER, Mariana de Souza, “A Re-significação do Princípio da Autonomia Privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa”, orient. MARTINS-COSTA, J. – In: *Jovens Pesquisadores – diversidade do fazer científico*. (org.) CRUZ, T. e ROCHA, M. Porto Alegre. UFRGS Editora), 2003, pp. 91-116.

<sup>30</sup> Assim observei em: Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Taxis (integrante do livro *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). Registra Francisco Amaral que, conquanto “por muitos considerado como sinônimo de autonomia da vontade” o princípio da autonomia privada “com ela não se confunde, pois a expressão “autonomia da vontade” tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto “autonomia privada” significa o poder particular de criar relações jurídicas de que se participa. Assim, é o poder dos particulares de regular juridicamente as suas relações, conferindo-lhes conteúdo e eficácia juridicamente reconhecidos. (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Autonomia privada*. Revista do CEJ: Centro de Estudos Judiciários, Brasília, Conselho da Justiça Federal, set/dez 1999, n.9, p.26.) Porém, conquanto a distinção seja de uso mais ou menos corrente na doutrina, não no é na jurisprudência, como demonstrou a pesquisa referida na nota supra.

<sup>31</sup> A ligação é axiomática, registrando Jan SCHAPP: “autodeterminación y autorresponsabilidad se equilibran”. (in *Derecho Civil y Filosofia del Derecho. La Libertad en el Derecho*. Tradução espanhola de Luis Villar Borda, Universidad Externado, Colômbia, 1998, p. 15). Do mesmo modo Pinto Monteiro acentua serem a autonomia privada e a responsabilidade “princípios que se pressupõem mutuamente” (PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*. Coimbra, Almedina, 2002, p. 43). Para além dessa tradicional e necessária conexão entre autonomia e auto-responsabilidade observa-se, porém, um verdadeiro alargamento ou expansão da imputação de responsabilidade. Essa expansão é de tal monta que, recentemente, um filósofo preocupado com os riscos da imputação ilimitada, afirmou que os cidadãos devem estar atentos, de maneira reflexiva, para o conceito de responsabilidade – “conceito-chave de nossa época” – assumindo a *responsabilidade por sua responsabilização* (v. GÜNTHER, Klaus. “*Responsabilização na Sociedade Civil*”. Tradução de Flavia P. Püschel. In: *Novos Estudos-CEBRAP*. Vol. 63. São Paulo, Julho

Tanto a responsabilidade vem sendo alargada que uma das muitas fórmulas que pretendem sintetizar o diagnóstico da época vem revelada, justamente, pela expressão “princípio da responsabilidade”<sup>32</sup>. Não por acaso, pois, na estrutura do Código Civil brasileiro a responsabilidade civil ganhou autonomia como “obrigação de indenizar”, merecendo Título próprio e não mais sendo tratada como mero apêndice, misturadamente às “conseqüências da inexecução das obrigações”, como no Código de 1916. Além do mais, concorrem com o antigo modelo da imputação subjetiva (art. 927, *caput*, c/c art. 186) outros diversos modelos de imputação objetiva<sup>33</sup> de modo que por conexões estruturais,

---

de 2002, pp. 105-118. Os vários fenômenos agrupados sob a rubrica “sociedade do risco”(U. BECK) e a “assustadora situação de uma irresponsabilidade organizada” fizeram da responsabilidade “um tema público”, diz o autor, sendo então oposto o “princípio da responsabilidade (H. JONAS) que atribui à geração presente o dever de zelar pela sobrevivência das gerações seguintes. Como conseqüência, desenvolveu-se, a partir daí, “um amplo movimento de juridicização com o fim último de determinar quem é responsável pelo controle dos riscos e a quem e como são imputados os prejuízos”. (p. 106).

<sup>32</sup> A referência é a Hans JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt a. M., 1984. O filósofo voltou ao tema in: *Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis des Prinzips der Verantwortung*, 1985, tradução espanhola (Técnica, medicina y ética – sobre la práctica del principio de responsabilidad, Barcelona, Paidós, 1997).

<sup>33</sup> Exemplificativamente, a responsabilidade pelos danos causados em virtude do exercício inadmissível de uma posição jurídica<sup>33</sup> (art. 927, *caput*, c/c art. 187, que versa hipótese de ilicitude objetiva); a derivada da quebra de dever de segurança (art. 931); prevê-se a responsabilidade pela confiança, como modalidade da Teoria da Aparência (art. 861-862) e cria-se, no parágrafo único do art. 927, verdadeira cláusula geral de responsabilidade derivada de estruturas sociais causadoras de risco. Como explicou recentemente Miguel Reale, a teoria do risco, geralmente invocada para a conceituação da responsabilidade objetiva, foi combinada com a idéia de estrutura, proporcionando uma síntese dinâmica que ultrapassa a rígida opção entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva, pois, na realidade, “as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam (in *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 67). Por esta razão, conquanto o nexo de imputação de responsabilidade seja, no comum dos casos, informado pelo critério subjetivo, ainda assim poderá haver que, atendendo à estrutura dos negócios, o critério objetivo do risco informe o nexo de imputação. Tendo presente essa noção, poderá a jurisprudência, “toda a vez que houver uma estrutura sócio-econômica que ponha em risco, por sua natureza, os direitos e interesses de terceiros, daqueles com os quais essa estrutura entra em contato – às

sistemáticas e funcionais entre a liberdade contratual, a função social e o princípio da responsabilidade correspondem *pari passu* o alargamento da responsabilização por danos e a re-significação da autonomia privada como legítimo poder jurígeno, competência para a nomogênese, como tal conformando o que Reale denominou de *poder negocial*, enquadrando-o entre as fontes de produção de juridicidade<sup>34</sup>.

Tal re-significação se faz na direção inversa à do atomismo, da redução sociológica e ontológica das *peçoas concretas* ao abstrato *sujeito sempre-igual*. O ponto que mais agudamente a marca é, ao meu juízo, aquele caracterizado pela diversidade dos nexos de imputação, notadamente aquelas formas que guardam direta relação com o *fato* da vivência comunitária na sociedade complexa e transversalizada em que vivemos. A diversificação desses nexos (antes subsumidos quase que exclusivamente na imputação subjetiva, ou pela culpa) está a demonstrar, com toda a eloqüência, duas realidades conexas: a diversificação dos sujeitos e dos papéis sociais (não mais escondida no mito do “sujeito sempre-igual”); e a *racionalidade complexa e substantiva* – e não meramente técnica, instrumental ou monológica<sup>35</sup> –, que passa a informar a ordem jurídica<sup>36</sup>.

E essa ordem responde, por sua vez, com institutos e instituições a essa nova racionalidade, própria da sociedade transversalizada, complexa, assimétrica, massificada, despersonalizada: basta pensar nos casos de cumprimento defeituoso; de violação positiva do contrato; do contrato com eficácia de proteção para terceiros e na hipótese de responsabi-

---

vezes sem nem sequer ter qualquer benefício direto ou indireto da sua operabilidade (REALE, Miguel, O Projeto de Código Civil – Situação atual e seus problemas fundamentais, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 11) reconhecer a responsabilidade objetiva causadora do risco, e do dano dele derivado, com todas as conseqüências que daí advém.

<sup>34</sup> REALE, Miguel, *Fontes e Modelos do Direito. Para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 73 e p. 141 e ss.

<sup>35</sup> ROUANNET, Sérgio Paulo, *As Razões do Iluminismo*, 7.ª reimpressão, São Paulo, Companhia das Letras, 2000, p. 15.

<sup>36</sup> É a racionalidade substantiva que leva a considerar, por exemplo, que o princípio da autotutela não mais tem lugar perante as fundas assimetrias informativas; que numa sociedade impessoalizada, as ações pessoais aparecem como fatos, gerando expectativas; que o risco não é, muitas vezes, uma externalidade, mas tornou-se parte da natureza.

lização de terceiro por lesão do direito de crédito, entre outros, para concluir que a “liberdade de contratar” referida no art. 421 é uma liberdade ligada estrutural e substancialmente – entretecida – com a *polis*.

## B) O enquadramento normativo da liberdade de contratar

Se a liberdade de contratar referida no art. 421 é uma *liberdade eticamente situada* forçoso é averiguar o seu entorno, o meio-ambiente na qual se move e se desenvolve, e quais os significados que a expressão conota. Evidentemente, não se pode cogitar de uma noção de “liberdade” sujeita tão-somente à relatividade dos casos particulares e ao entendimento subjetivo do julgador sob pena de afrontar os postulados do Estado Democrático de Direito que incluem como valor fundamental a *segurança jurídica* produzida, inclusive, por certa unidade conceitual<sup>37</sup> isto é: pelo afastamento, o quanto possível, da fragmentação, do caos conceitual derivado da incontrolada pluralização valorativa.

O ambiente da liberdade de contratar é a comunidade. Toda a comunidade é uma dimensão histórico-social permanentemente instituída e permanentemente criativa de significados<sup>38</sup>. Esses significados vêm da prática, da vida social concreta, intercomunicativa, traduzindo valores que a sociedade assume como particularmente relevantes. Por isso mesmo, para chegar a um significado *pensável* ao art. 421 do Código Civil devemos examiná-lo no quadro dos valores nos quais os princípios que contém vêm inseridos: aí está seu entorno, isto é, o seu meio-ambiente ou “quadro normativo”.

<sup>37</sup> Já declarou o Supremo Tribunal Federal que o princípio da segurança jurídica constitui “sub-princípio do Estado de Direito”, concretizando o “princípio da confiança”, este, por sua vez, sendo qualificado como “elemento do princípio da segurança jurídica” (STF, MS 24268/MG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. Acórdão, Min. GILMAR MENDES. J. em 05/02/2004. Tribunal Pleno. In: DJ 17-09-2004 PP-00053 EMENT VOL-02164-01 PP-0015).

<sup>38</sup> BARCELLONA, Pietro, *Diritto Privato e società moderna*, Nápoles, Jovene, 1996, p. 15, lembrando que a produção de significados está na esfera da dimensão normativa.



Numa perspectiva constitucional, a liberdade de contratar vem, por vezes, subsumida ou co-relacionada *exclusivamente* com o princípio constitucional da livre iniciativa econômica. Esse princípio indica que os particulares têm o poder de criar e desenvolver uma atividade econômica, disciplinando-a conforme seus interesses<sup>39</sup>, com liberdade (ressalvado, naturalmente, o espaço de reserva legal), razão pela qual esse princípio vem seguidamente conectado com o princípio da livre concorrência e com as normas de regulação do mercado. A livre iniciativa econômica constitui, concomitantemente, princípio fundamental da República (Constituição Federal, art. 1.º, inciso IV) e princípio geral da atividade econômica (art. 170), em relação à qual o papel do Estado é o de agente normativo e fiscalizador (art. 174<sup>40</sup>). Por isto é a todos assegurado “o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente da autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei<sup>41</sup>”.

A liberdade de iniciativa econômica está no substrato da empresa<sup>42</sup> mas, em relação à livre iniciativa econômica a liberdade de contratar é *instrumental*, isto é: para assegurar-se o exercício de atividade econômica são assegurados os meios necessários àquele exercício, entre eles a liberdade de contratar. Como todo meio, a liberdade de contratar não existe “em si”, mas “para algo”, isto é: está permanentemente polarizada e conformada para *os fins a que se destina*. Esses fins não são apenas o de concretizar a liberdade de iniciativa econômica, mas, por igual, os princípios estruturantes arrolados no art. 1.º da Constituição Federal, as diretrizes ou “normas objetivo<sup>43</sup>” traçadas no art. 3.º e no

---

<sup>39</sup> AMARAL, Francisco, “A Liberdade de Iniciativa Econômica – fundamento, natureza e garantia constitucional”, *Revista de Direito Civil* n. 37, p. 99.

<sup>40</sup> CF, art. 174, in verbis: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

<sup>41</sup> CF, art. 170, parágrafo único.

<sup>42</sup> AMARAL, Francisco, “A Liberdade de Iniciativa Econômica p. 95 e ss.

<sup>43</sup> A expressão é de GRAU, Eros Roberto, “Grau, Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas”, *Revista Direito do Consumidor*, vol. 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 183

art. 170, bem como nas liberdades, garantias e direitos dos arts. 5.º e 7.º, todos da Constituição. Nessas normas (e ainda em outras que a Constituição produz) estão desenhados *modelos* de caráter conformador para o Estado e a sociedade como, aliás, já delineou o Supremo Tribunal Federal, que, ao examinar a Lei n.º 8.039, de 30 de maio de 1990<sup>44</sup>, decidiu:

*“em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.”<sup>45</sup>*

Digna de nota é a menção, no voto do Ministro Relator, ao entendimento de José Afonso da Silva, segundo o qual

*“...a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidades de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É nesse contexto que se há de entender o texto supratranscrito do artigo 170, parágrafo único, sujeito aos ditames da lei e, ainda, dos condicionamentos constitucionais em busca do bem-estar coletivo. Ela constitui uma liberdade legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima,*

<sup>44</sup> A Lei .º 8.039/90 dispunha sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares. Foi revogada pela Lei n.º 8.170, de 17.01.1991

<sup>45</sup> ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) n.º 319-DF. Cf Ementa, Rel. Min. Moreira Alves, In: RTJ 149/666.

*quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário*<sup>46</sup>”.

Estabelecido esse cunho instrumental da liberdade de contratar perceberemos que o seu perfil será traçado num quadro amplo e flexível, mas cuidadosamente delineado por certos pontos a proporcionar fisionomia e identidade à ordem econômica numa ordem jurídico-social que valoriza, antes de mais, a dignidade da pessoa e o livre desenvolvimento de sua personalidade. Os pontos identitários de uma ordem econômica normativamente considerada<sup>47</sup> são constituídos por valores, diretrizes (ou escopos), garantias e direitos, alguns deles limitáveis a uma dimensão interindividual, outros apenas pensáveis na dimensão transindividual. Assim, exemplificativamente, os *valores* da cidadania, dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho e da livre iniciativa; as *diretrizes* da liberdade social, justiça; existência digna, solidariedade; desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; da promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos ou outras formas de discriminação; as *garantias* à pequena propriedade rural, à defesa do consumidor e à liberdade de concorrência, bem como a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos

---

<sup>46</sup> Excerto do voto do Ministro Moreira Alves, RTJ 149/ 676. Em similar direção caminha, na doutrina portuguesa, Joaquim de Sousa Ribeiro ao constatar ter sido necessário ultrapassar tanto a visão da economia de mercado como um sistema autorregulador, gerador de uma ordem espontânea e natural, quanto as conjunturas de forte intervencionismo dirigista para que, só então, convergissem Direito contratual e Direito Econômico, contrato e mercado. Hoje em dia, afirma, “a perspectiva do mercado é integrada no campo problemático do direito contratual” As linhas de fronteira entre um e outro campo se atenuam, “sendo difícil dizer onde acaba um e começa outro, onde acaba o tratamento do acto de troca e começa a definição do quadro jurídico do mercado onde ele tem lugar” (RIBEIRO, Joaquim de Souza. Direito dos Contratos e Regulação do Mercado. In: Globalização e Direito. Boletim da Faculdade de Direito – Stvdia Jurídica 73 – Colloquia-12. Universidade de Coimbra, 2003, p. 228).

<sup>47</sup> Acerca das concepções normativa e naturalista do mercado escrevi em Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Taxis, em: *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.

mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; ainda as *garantias* da responsabilização por danos causados à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas; enfim, os *direitos* à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, entre outros.

Situada essa perspectiva podemos concluir que a autonomia privada (fonte da liberdade de contratar, liberdade de autodeterminação da pessoa mediante a estatuição de conseqüências jurídicas), re-significada, afastada da perspectiva atomista e voluntarista, assenta-se no *postulado* (concomitantemente *fático e normativo*) da socialidade, é dizer: que todo o indivíduo é social e que o *telos* da individuação só pode ser alcançado socialmente<sup>48</sup> é dizer: na inter-relação que, no domínio dos contratos, deve ser inter-relação cooperativa, calcada num certo grau de solidariedade entre os partícipes do negócio. Daí a razão pela qual pode afirmar, com integral pertinência, um civilista português:

*“embora o projeto do novo Código tenha sido elaborado e apresentado no início dos anos setenta, não deixa de ser interessante notar que o sentido implicado pela referida “função social” se aproxima irresistivelmente da intencionalidade pressuposta por uma recente tendência européia, que pretende fazer do pensamento da solidariedade contratual a nuclear força estruturante de uma “nova” dogmática do contrato”<sup>49</sup>”.*

Creio que essa “força estruturante de uma nova dogmática contratual” indica justamente o que tenho designado por “autonomia privada solidária”. Essa noção decorre justamente da conjugação ou entrelaçamento entre as idéias-chave do art. 421, a de liberdade de contratar e a de função social do contrato, somadas à expansão das imputações de responsabilidade por danos.

---

<sup>48</sup> ROUANNET, Sergio Paulo, “Iluminismo ou Barbárie”, *Mal Estar na Modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 16.

<sup>49</sup> SÁ, Almeno, “Relação Bancária, Cláusulas Contratuais Gerais e O Novo Código Civil Brasileiro” (palestra pronunciada na EMERJ, Rio de Janeiro, dezembro de 2002, ora in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVIII, Coimbra, 2002, p. 286).

Assim, já discernido o sentido da primeira expressão constante do art. 421 do Código Civil, devemos, agora, tentar compreender o que pode significar a função social que apresenta, no mesmo texto legal, dois distintos níveis de compreensão semântica, quais sejam: o que situa a função social como limite ao exercício da liberdade de contratar (II) e como razão de ser do exercício dessa mesma liberdade (III).

## II) A LIBERDADE DE CONTRATAR SERÁ EXERCIDA NOS LIMITES DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.

Conquanto a idéia de função social não se subsuma, modo geral, na idéia de “função econômica” entendida como causa-função, ao sentido bettiano, forçoso é reconhecer que, nos contratos – “veste jurídica de operações econômicas” – a função social é *também* função econômico-social, isto é: função ligada à *utilidade concreta* que aquela operação econômica instrumentalizada pelo contrato está vocacionada a ensejar<sup>50</sup>. Toda função é uma competência dirigida a uma finalidade e, nos contratos, considerados instrumentalmente, a finalidade precípua é a circulação da riqueza, função econômica por excelência. A função econômica revestida por determinada forma contratual é, pois, um dos elementos do suporte fático do art. 421. Por isso tem razão Gerson Branco ao assinalar que o Código Civil ao acolher a função social dos contratos em uma cláusula geral que disciplina a liberdade de contratar alargou o âmbito conceitual do instituto pois inseriu como elemento indispensável de recepção e juridicidade das declarações negociais a *conformação* (diríamos: a congruência) entre os preceitos resultantes

---

<sup>50</sup> Os contratos são a “veste jurídica de uma operação econômica”, como assentou Enzo ROPPO, vale dizer, é o “invólucro jurídico” de operações econômicas concretas (*O Contrato*. Trad. De Ana Coimbra. Coimbra, Almedina, 1988, p. 7 e ss), consistindo, como afirmou Joaquim de Sousa RIBEIRO (in: *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Coimbra, Almedina, 1999, p.19) um sistema de interações particularizado entre a ordem econômica e o sistema jurídico.

daquelas declarações e os interesses econômico-sociais para os quais o contrato foi concebido<sup>51</sup>.

Porém, na interpretação da expressão “função social” o maior problema não está no substantivo, mas no adjetivo. O que significa exatamente o “social” que qualifica a função?

Observei que, no texto do art. 421 é o primeiro princípio – o da liberdade de contratar – que dá a regência para que se possa discernir o sentido adequado do “social” que qualifica a “função”. É que dizendo respeito ao exercício de um *direito de liberdade* (a liberdade de contratar), o “social” – que adjetiva a “função” – pode ser conotado tanto à *expansão intersubjetiva da liberdade* quanto à *expansão trans-subjetiva da liberdade*<sup>52</sup>. Pode ser, igualmente, considerado um limite à liberdade ou como elemento constitutivo do modo de seu exercício.

### A. Limites internos ou externos?

A liberdade de contratar indica o exercício de um *direito subjetivo* (em sentido lato), categoria cuja dogmática foi inaugurada por Savigny. O direito subjetivo seria o poder da vontade como expressão da liberdade humana. O significado da “fórmula de Savigny”, percebe Menezes Cordeiro<sup>53</sup>, não é casual, nem isolado: todo o *Sistema de Direito Civil* assentava na vontade humana, base dos direitos, das relações jurídicas e de diversos institutos jurídicos.

---

<sup>51</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos, *As origens Doutrinárias e a Interpretação da Função Social dos Contratos no Código Civil Brasileiro*. Tese de Doutorado, Porto Alegre, 2006, p. 385, no prelo.

<sup>52</sup> Não vejo, portanto, como subsumir na expressão “função social” alusões à “função estatal” ou à “função coletiva”, a não ser mediatamente, na medida em que haverá por intermédio de uma ou de todas as “funções estatais” (função judicante, função legislativa e função executiva) o dever de assegurar, nos seus respectivos âmbitos de competência, a função social dos contratos.

<sup>53</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo I, Coimbra: Almedina, 2000, p. 149.

Aí está expressa uma *arché*, no sentido aristotélico<sup>54</sup>, um *logos*, no sentido estóico: algo que explica o porquê da totalidade das coisas num determinado setor da vida. Na fórmula de Savigny essa “autoridade explicativa” era a vontade humana. No campo dos contratos foi, em consequência, dada uma resposta congruente a esse *logos*: a liberdade humana expressava-se pela vontade; a vontade jurisdicizada expressava-se em “manifestações de vontade”; duas manifestações concordes entre si geravam um contrato. Daí que a resposta congruente à “fórmula de Savigny” tenha cumprido a notável função de incluir, na própria definição de contrato como acordo de vontades livres, “a explicação dos misteriosos efeitos contratuais”<sup>55</sup>.

O início do séc. XX veio traçar uma nova trilha, agora em direção à funcionalização do direito subjetivo. São formuladas teorias negativas ao conceito de direito subjetivo, substituindo-o por outras figuras. Entre as mais relevantes estão as de Léon Duguit que, fundado na pretensão cientificista da imparcialidade<sup>56</sup> quis afastar todo o traço de subjetividade, substituindo a idéia de direito subjetivo pela da existência de *posições vantajosas* para certas pessoas porque garantidas pelo poder estatal, na medida em que desempenham funções dignas dessa garantia<sup>57</sup>; e de Otto Von Gierke, sustentando a existência de “limites iminentes” aos direitos, decorrentes da impossibilidade da existência de direitos sem deveres<sup>58</sup>. Desde então<sup>59</sup>, toda a teoria do direito subjetivo

---

<sup>54</sup> MICHELON, Cláudio, Um ensaio sobre a autoridade da razão no Direito Privado, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 21, Porto Alegre, março de 2002, pp.101-112.

<sup>55</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Contratos. Conceito. Fontes. Formação*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 25.

<sup>56</sup> DUGUIT, Léon, “Derecho subjetivo y la función social”, in *Las transformaciones del Derecho (público y privado)*, Trad. Carlos Posada. Buenos Aires, Heliasta, 1975, p. 18, in verbis: “personalmente no admito dogma de ninguna especie; hago ciencia y sólo ciencia, fundada sobre la observación imparcial de los hechos”.

<sup>57</sup> DUGUIT, Léon, “Derecho subjetivo y la función social”, in *Las transformaciones del Derecho (público y privado)*, Trad. Carlos Posada. Buenos Aires, Heliasta, 1975, pp. 178 e ss.

<sup>58</sup> GIERKE, Otto Von: *Función social del derecho privado – La naturaleza de las asociaciones humanas*, Madrid, Sociedad Editorial Española, 1904.

está polarizada entre duas teses: a dos *limites externos* ao direito, e a dos *limites internos*. Ambas foram assim sintetizadas:

1. *Teoria interna*: os direitos e respectivos limites são imanentes a qualquer posição jurídica; o conteúdo definitivo de um direito é, precisamente, o conteúdo que resulta dessa compreensão do direito “nascido” com limites; logo, o âmbito de proteção de um direito é o âmbito de garantia efetiva desse direito.
2. *Teoria externa*: os direitos e as restrições são dimensões separadas; as restrições são sempre “desvantagens” impostas externamente aos direitos; o âmbito de proteção de um direito é mais extenso do que a garantia efetiva, porque aos direitos sem restrições são apostos limites que diminuem o âmbito inicial de proteção<sup>60</sup>.

A teoria externa crê na possibilidade de existirem (em tese ou em potência), direitos sem limites. Estes hão de vir “de fora” do direito subjetivo, mediante uma norma que intervenha no âmbito de atuação do direito, como se o direito (subjetivo) fosse uma espécie de *sujeito narcisista*, em contínua e ilimitada expansão. Bernard Edelman – um jurista ao qual não é estranha a linguagem da psicanálise – foi direto ao ponto, ao observar que, nessa fórmula, sendo limitada apenas externamente, a “potência narcisista do sujeito” encontrava diante de si a resistência oposta pela potência narcisista dos outros sujeitos, traduzida na lei, cuja missão estava cingida a fixar o lugar onde as diversas liberdades se encontravam, sem se afrontar, “*mantendo intacta a sua natureza*”. Daí se ter traçado, diz, um “*curioso princípio da realidade*” pelo qual a liberdade (isto é, o próprio princípio que justificava a

---

<sup>59</sup> Para uma síntese sobre o debate do tema v. LOPEZ Y LOPEZ, Angel M. Gény, “Duguit y el Derecho Subjetivo. Evocación y nota sobre una polémica” *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. 20 (1991) p.p. 161-179

<sup>60</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, “Dogmática dos Direitos Fundamentais e Direito Privado”, in SARLET, Ingo. (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 347, em texto relativo aos direitos fundamentais.



extensão infinita do sujeito)“ *transferia ao outro o poder de restringir a liberdade*”<sup>61</sup>.

Segundo essa concepção, os limites externos têm apenas uma *dimensão negativa*, expressa, privilegiadamente, pela idéia de “abuso da liberdade contratual”. O abuso é o “uso excessivo”, a carecer de externa – e eterna – repressão. Por isso mesmo a livre iniciativa, a propriedade e o contrato, que seriam dotados ontológica e tecnicamente de uma potencial “absolutividade” só encontrariam limitações frente a lei imperativa ou norma de ordem pública.

## B. A função social como limite externo

Vemos, aí, a idéia de limite como muro formado por preocupações solidaristas, expressas, em geral, no que a doutrina dos primeiros anos do séc. XX denominou de *socialismo jurídico*<sup>62</sup> e, após, de *dirigismo contratual*.

<sup>61</sup> EDELMAN, Bernard, “Critique de l’humanisme juridique”, in *La Personne en Danger*, Paris, PUF, 1999, p. 14.

<sup>62</sup> Não deve ser esquecida a importância que os “socialistas jurídicos” italianos dos finais do séc. XIX” tiveram em parte da civilística brasileira nas primeiras décadas dos Novecentos. Esses “socialistas” preocupavam-se especialmente com a função social do contrato, tema abordado diretamente tanto por Pietro COGLIOLO (*Filosofia del Diritto Privato*. Firenze, G. Barbera Editore, 3.º reimpressão, 1912) quanto por Enrico CIMBALI (*Nuova Fase del Diritto Civile nei Rapporti Economici e Sociali, con proposte di riforma della legislazione civile vigente*. Turim. Unione Tipografico Editrice Torinese, 4.º ed., 1907). Em Cogliolo a noção de “limite externo” vem perfeitamente delimitada em capítulo justamente intitulado *La Funzione Sociale dei Contratti*, in verbis: “I limiti al contrattare che pone lo stato derivano dai bisogni sociali di frenare l’uso assoluto che l’individuo possa fare della sua persona e dei suoi beni” ( Op. Cit., p. 233). E, em nota de rodapé, mais esclarecia: “La moderna crescente attività dello stato porrà all’individuo molti limiti per l’utile della società, e anche il diritto privato ne sentirà riverbero. Qui preme notare che queste forme di socialismo di stato non dipendono da questioni giuridiche, ma economiche politiche sociali: il diritto è indifferente, e veste sazona coordina ciò che gli è dato dalla vita” (idem, ibidem, n. 220, grifei). Perspectiva diversa teve Enrico Cimbali, considerado na Itália um romântico e ingênuo materialista histórico, sujeito a certo “minestrone ideológico” (v. Grossi, Paolo. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico – 1860-1950*. Milão. Giuffrè, 2000, pp. 12-24) – e que

Considerado o art. 421 exclusivamente sob essa perspectiva haveria uma *oposição* entre função social e liberdade contratual, uma verdadeira “colisão” de direitos, só resolúvel se e quando um dos direitos verdadeiramente exulasse o outro, pois as permissões asseguradas por um e por outro seriam incompatíveis entre si. Por força dessa oposição ou colisão resultaria ou a eliminação de um deles ou então – se considerada a hipótese de *conflito* entre permissões – a *delimitação de um espaço de eficácia* ao princípio da liberdade de contratar<sup>63</sup>. Limitando a liberdade o papel da “função social” seria monocórdio, atuando somente como *limite* e gerando exclusivamente deveres negativos.

Não se pense, porém, que esse papel de limite – resultante de uma ponderação, no caso, entre os princípios da liberdade e o da função social – não seja relevante. Conquanto conhecidíssimo há pelo

---

teve, entre nós, repercussões em Beviláqua e Vicente Rao, possibilitando uma certa renovação no Direito Civil. Em que pese o seu arriscado ecletismo Cimbali teve o mérito de não apenas perceber, nos anos Noventa do séc. XIX, o que viria a ser chamado de “movimento da descodificação” quanto, examinando as obrigações contratuais sob a luz do “princípio di socialità” (op. Cit., p.p. 315, 333 e ss.) conclui que a relação entre indivíduo e Estado pode ser vista sob três formas: “l’affermazione assoluta dello Stato, l’affermazione assoluta dell’individuo, l’affermazione relativa dell’uno e dell’altro, quali elemento armonici di coesistenza in cui s’integra il vero concetto de l’umanità progredita. Ed in perfetta corrispondenza con questa triplice forma di relazione, si è modificato gradativamente il concetto ed il valore giuridico dell’obbligazione” (idem, p. 316). Introduz, assim, na contracorrente do pensamento expresso por Cogliolo, a idéia de não ser o Direito “indiferente” à necessidade de harmonização entre os interesses individuais e sociais. Tal necessidade é constitutiva ao próprio Direito, na sua “nuova fase”. (Para o exame dos reflexos de Cimbali na civilística brasileira v. trabalhos do Grupo de Pesquisa CNPq-PIBIC Direito Privado – um espaço de mentalidades – A doutrina italiana e a socialização do Direito Civil – a formação de uma nova mentalidade – orient. MARTINS-COSTA, J. Pesquisadores: ORLANDINI, Lourenço Floriani e BERNI, Paulo Eduardo Oliveira, Porto Alegre, 2003-2004, in <http://www1.ufrgs.br/pesquisa/projeto.asp?Localiza=9545> e in [http://genos.cnpq.br:12010/dwlatres/owa/prc\\_imp\\_cv\\_int?f\\_cod=K4728526E4](http://genos.cnpq.br:12010/dwlatres/owa/prc_imp_cv_int?f_cod=K4728526E4), páginas acessadas em 12 de setembro de 2004).

<sup>63</sup> Nesse caso não haveria propriamente “colisão”, mas “conflito” a ser resolvido segundo os critérios apontados ou pela lei ou formulados pela doutrina e pela jurisprudência, tais como os da prevalência *in concreto* e *in abstracto* ou da composição ou da ponderação de bens.

menos um século, seja em termos doutrinários, seja por inserções pontuais em leis especiais, o acolhimento no Código Civil do princípio da função social do contrato em norma com amplitude geral, permite ultrapassar o esquema “regra-exceção” que por longo tempo dominou a Teoria dos Contratos. Agora, percebe Almeno de Sá, o pensamento contratual de “tutela” deixa de ser visto como uma *exceção*, para passar a ser compreendido e atuado como um princípio “*não apenas dirigido a certos sujeitos jurídicos, definidos pelo seu status ou pertença grupal, mas antes um princípio próprio do direito contratual geral*”<sup>64</sup>.

Como princípio geral, apanha uma grande variedade de casos particulares, tais como a repressão de condutas que expressam a supremacia injustificada do poder de uma parte sobre a outra ou casos de desvirtuamento da finalidade econômico-social do negócio, seja no Direito civil *tout court*, seja no Direito Societário, no Direito da Concorrência e no Direito dos Valores Mobiliários, por força da unificação das obrigações civis e comerciais promovida no Código Civil. Com base no princípio da função social (compreendido em seu papel de “previsão de limite”) o juiz pode impor deveres negativos para além daqueles cominados expressamente na lei, como, aliás, já tem apontado a jurisprudência, embora nem sempre com base em fundamentação adequada, pois é preciso não apenas estabelecer a correlação entre as razões de fato e a atuação do princípio quanto discerni-lo de outros princípios, regras e institutos legais<sup>65</sup>.

É de se convir, no entanto, que se a esse papel de “previsão de limite externo negativo” se resumisse o princípio da função social do contrato, o art. 421 seria virtualmente inútil, uma vez que o exame de casos já decididos pela jurisprudência demonstra que, ou as hipóteses já estão apanhadas pela regra do art. 187 do Código Civil (consagradora da ilicitude de meios), ou não se trata de caso de incidência do princípio da função social: seriam, antes, hipóteses de interpretação favorável ao

<sup>64</sup> Sá, Almeno, “Relação Bancária, Cláusulas Contratuais Gerais, ...”, cit., p. 287.

<sup>65</sup> V.g.: TJRS. APELAÇÃO CÍVEL n.º 70005715487, Segunda Câmara Especial Cível, j. em 25/03/2003; TJRS, na APELAÇÃO CÍVEL n.º 70005700380, Segunda Câmara Especial Cível, j. em 25/03/2003.

aderente, integração segundo a boa-fé, concreção do princípio do equilíbrio contratual ou de incidência de regras já constantes de leis especiais, como o Código de Defesa do Consumidor ou o Estatuto da Terra.

Tudo isso leva à convicção da necessidade de encontrar a *voz própria e específica* ao art. 421. E esta voz própria está, segundo penso, no segundo nível de compreensão semântica da expressão contida no art. 421.

### III) A LIBERDADE DE CONTRATAR SERÁ EXERCIDA EM RAZÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.

A expressão “em razão da” função social indica, concomitantemente: a) que a função social do contrato integra constitutivamente<sup>66</sup> *o modo de exercício* do direito subjetivo (liberdade contratual); b) e que é o seu fundamento, assim reconhecendo-se que toda e qualquer relação contratual possui, em graus diversos, duas distintas dimensões: uma, *intersubjetiva*, relacionando as partes entre si; outra, *trans-subjetiva*, fazendo reverberar as obrigações e os direitos assumidos pelos contratantes na esfera de terceiros, determinados ou indeterminados. Assim sendo, a função social não opera apenas como um limite externo, é também um *elemento integrativo do campo de função da autonomia privada no domínio da liberdade contratual* projetando a sua eficácia nas relações atingidas pelo contrato como fato social que é.

---

<sup>66</sup> Observa Teresa Negreiros: “Neste sentido, o contrato não mais se compadece com uma leitura individualista, de acordo com a qual haveria somente limites externos, isto é, confins para além dos quais seria concedida aos contratantes uma espécie de salvo-conduto para exercerem a liberdade contratual à maneira oitocentista, isto é, absoluta. Deve, pois, ser reforçada a idéia de que a funcionalização, acima de tudo, é inerente à situação jurídica, conformando-a em seus aspectos nucleares, qualificando-a em sua natureza e disciplina, donde ser equivocada a conceituação da função social como algo que seja contraposto ao direito subjetivo e que o delimite apenas externamente” (NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de, *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 209).

Esse enfoque – assinala Calixto Salomão Filho – “não é ocasional”, antes decorrendo da circunstância de a função social ter passado, historicamente, “de uma limitação a uma situação estática de propriedade para um instrumento de controle das relações sociais”, incidindo em *relações jurídicas* e não apenas a situações estáticas de propriedade, o que – afirma – “segue a própria marcha do capitalismo, de progressiva e crescente divisão do trabalho e, portanto de progressiva importância econômica das relações entre indivíduos e entre grupos sociais”<sup>67</sup>. Tal mudança provocou – como antes sinalizei – modificações também na *estrutura do direito subjetivo*, de modo, inclusive, a possibilitar a previsão de deveres à “esfera social” afetada pelas relações contratuais<sup>68</sup>.

A partir dessa concepção percebe-se decorrerem várias eficácias próprias ao art. 421, que se voltam tanto ao contrato quanto às suas repercussões em esferas que ultrapassam o universo de intersubjetividade que a relação contratual instaura. Podemos, assim – para efeitos de mera sistematização – examinar as eficácias do princípio da função social no contrato e para além do contrato, combinando-as com as eficácias próprias da relação contratual, a saber, eficácias de prestação e eficácias de proteção.

### A) As eficácias e os deveres

O contrato instaura uma relação entre sujeitos, sendo a própria relação contratual efeito do contrato. Ocorre, porém, que o contrato pode ter também uma dimensão que interesse a toda sociedade, ou a um grupo de pessoas determinável ou não, de modo que o interesse do grupo prevaleça sobre o interesse de cada um dos seus membros. Como esclarece Miguel Reale,

---

<sup>67</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, “Função Social do Contrato: primeiras anotações”. *RT*, vol. 823, São Paulo, 2004, p. 69.

<sup>68</sup> Assinala Calixto Salomão Filho: “Foi isso o que aconteceu com a função social da empresa e sem dúvida é isso que deverá acontecer com a função social do contrato”. (In “Função Social do Contrato ...”, cit., p. 71).

“Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão-somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao *poder negocial*, que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária. (...). Assim sendo, é natural que se atribua ao contrato uma função social, a fim de que ele seja concluído em benefício dos contratantes sem conflito com o interesse público”<sup>69</sup>.

Para além de projetar-se também externamente à relação que concerne aos contratantes, pode ainda acontecer que determinado contrato só possa ser funcionalmente compreensível se se tiver em conta outros contratos (outras relações intersubjetivas) com ele finalisticamente vinculados.

Essas constatações indicam um preciso fenômeno, a saber: um mesmo negócio jurídico pode gerar um interesse que é, concomitantemente, individual e coletivo, isto é, um interesse que interessa à cada um dos sujeitos contratantes e à coletividade, seja ela numericamente determinável ou não<sup>70</sup>. Dessa *concomitância* entre o interesse geral e o particular decorre a possibilidade da imposição – por regra jurídica legal ou por princípios do ordenamento – de deveres aos contratantes distintos dos *deveres de prestação* atinentes à relação intersubjetiva.

Para que alcancemos o adequado discernimento desses *outros deveres*, distintos dos deveres de prestação cabe lembrar o discrimine entre *contrato e relação contratual*, com o que chegaremos, incidentalmente, à delimitação do espaço de atuação do *princípio da relatividade dos contratos*.

O contrato é antes de mais um fato social que pode ter relevância não apenas para os contratantes, mas para a sociedade globalmente

---

<sup>69</sup> REALE, Miguel, “Função Social do Contrato”, REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 267.

<sup>70</sup> Para essa análise veja-se SALOMÃO FILHO, Calixto, “Função Social do Contrato ...”, cit., pp. 75-84.

considerada ou alguns dos seus segmentos. A relação contratual – instaurada pelo contrato, correspondente ao acordo resultante da convergência de declarações negociais – diz respeito, contudo, *apenas aos contratantes*, pois, em linha de princípio, ninguém pode assumir o *dever de prestar* se assim não determina a lei ou o ato de autonomia privada.

A relação contratual, isto é, aquela estabelecida pelo contrato entre as partes, delimita o âmbito dos *deveres de prestação*<sup>71</sup> que se subdividem em: a) deveres principais de prestação (caracterizando o elemento decisivo, que dá o conteúdo mais significativo à relação contratual e determina o seu tipo, dirigindo-se a proporcionar ao credor uma determinada prestação, positiva ou negativa, definindo-se como um direito à prestação dirigido ao devedor); b) deveres secundários com prestação autônoma (prestações sucedâneas do dever primário de prestação); c) deveres secundários, acessórios da prestação principal, isto é, não-autônomos em relação a essa, como o dever de custodiar a coisa prometida, ou embalar corretamente a coisa objeto do transporte<sup>72</sup>.

Porém, considerado o contrato como fato social e perspectivando-o por seu perfil funcional veremos que pode gerar também certos deveres que ultrapassam os chamados “*deveres de prestação*”, deles se distinguindo funcionalmente.

Esses “*outros deveres de conduta*” (classificados por STOLL como “deveres de proteção” isto é, *Schutzpflichten*) e por ESSER como “deveres laterais” ou *Nebenpflichten*) não estão orientados para o cumprimento do dever principal de prestação (como estão os deveres secundários e os acessórios). Seu fito é proporcionar “uma função auxiliar da realização positiva do fim contratado e de proteção à pessoa ou aos bens

---

<sup>71</sup> A distinção entre deveres de prestação e deveres de conduta é consensual na doutrina da estrutura da relação contratual, que varia apenas nas subclassificações. Sem o desprestígio de nenhuma outra adoto, por sua clareza, a classificação proposta por MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de Contrato*, São Paulo, Saraiva, 1985, pp. 278-281. Ver, igualmente, CARNEIRO DA FRADA, Manuel, *Contrato e Deveres de Protecção*. Coimbra, Almedina, 1994, em especial pp. 40-45 e, na doutrina brasileira, FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa, *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

<sup>72</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Cessão de Contrato*, ..., *cit.*, pp. 278-281.

da contraparte contra os riscos de danos concomitantes” servindo “ao interesse da conservação dos bens, patrimoniais ou pessoais, que podem ser afetados em conexão com o contrato”<sup>73</sup>. Quando têm a função de proteger a contraparte dos riscos de danos na sua pessoa e no seu patrimônio, riscos esses que nascem da – e por causa da – relação particular estabelecida a finalidade desses “outros deveres de conduta” é negativa. Então se particularizam, dentre a gama dos “outros deveres de conduta” como “*deveres de proteção*”<sup>74</sup>.

Observa-se, assim, que esses outros deveres de conduta podem ter eficácia positiva não se restringindo ao *noeminem laedere* e podem ter um fim de proteção, instaurando entre as partes “uma *ordem especial de proteção* dos seus bens pessoais ou patrimoniais que suplantaria o mandamento genérico do *noeminem laedere*, aplicável à indiferenciada convivência social”<sup>75</sup>.

Essa “ordem especial de proteção” dirige-se aos contratantes podendo, também, dirigir-se a *terceiros*, isto é: a sua atuação não está cingida à relação intersubjetiva, podendo também se projetar do contrato a uma esfera transubjetiva.

Com efeito, se tivermos presente o discrimine entre *contrato* e *relação contratual* perceberemos que essa última, instaurando normas derivadas do poder negocial, concerne às partes (sendo o espaço específico dos *deveres de prestação*). Já o contrato, como fato social, pode ter eficácias que atingem não apenas o co-contratante, mas também a terceiros, determinados ou não.

Essa *eficácia de proteção* ou *eficácia negativa* visa compensar a potencialidade de danos nas esferas dos intervenientes que o contrato (como fato social) inquestionavelmente pode propiciar. Esses riscos seriam, pois, compensados “pela decorrência daquele dos correspondentes deveres *destinados a evitar a sua concretização*” seja na fase *in contrahendo*, seja na fase da execução contratual ou mesmo no período

---

<sup>73</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Cessão de Contrato ...*, cit., pp. 280-281.

<sup>74</sup> Assim, CARNEIRO DA FRADA, Manuel, *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, Almedina, 1994, em especial pp. 40-45.

<sup>75</sup> CARNEIRO DA FRADA, Manuel, *Contrato e Deveres de Protecção*, ..., cit., p. 44.



pós-contratual. Exemplo é o contrato com eficácia de proteção para com terceiros: nesse caso considera-se certos negócios que envolvem determinados terceiros. Esses têm direito indenizatório não por violação de algum dever de prestar (que só se configura entre as partes do contrato), mas “por desrespeito de um específico dever de salvaguardar a sua integridade pessoal ou patrimonial”<sup>76</sup>.

Por sua vez, a *eficácia positiva* decorrente de “outros deveres de conduta” visa impulsionar

*“condutas dirigidas a um activo favorecimento e promoção de justificados interesses da contraparte, o que vem a adquirir um particular relevo, ainda que não exclusivamente, no domínio das perturbações que possam ocorrer no decurso da execução do contrato”<sup>77</sup>”.*

É o que os autores germânicos (com larga penetração no mundo ibérico) denominam de *relação unitária de proteção* (*einheitliches Schutzpflichtverhältnis*). Essa relação, assegura Carneiro da Frada,

“poderá acompanhar deveres de prestar de proveniência diversa, distinguindo-se então estruturalmente da relação de prestação englobante dos deveres de prestar e de todos os deveres de conduta que estejam orientados por aqueles ou pelo seu fim”<sup>78</sup>.

Demais disso assegura o mesmo autor que,

“beneficiários da relação de proteção *podem ser terceiros*, como ocorre no contrato com eficácia para terceiros, sem que o *princípio da relatividade das convenções* – vigente apenas no campo da relação de prestação – sofra, com isso, qualquer entorse”<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> CARNEIRO DA FRADA, Manuel, *Contrato e Deveres de Protecção ...*, cit., pp. 43-44.

<sup>77</sup> SÁ, Almeno, “Relação Bancária, Cláusulas Contratuais Gerais e O Novo Código Civil Brasileiro” ..., cit., p. 286.).

<sup>78</sup> CARNEIRO DA FRADA, Manuel, *Contrato e Deveres de Protecção ...*, cit., p. 101.

<sup>79</sup> CARNEIRO DA FRADA, Manuel, *Contrato e Deveres de Protecção ...*, cit., p. 104, grifos meus.

Efetivamente, compreendendo a diversidade do espaço de atuação dos deveres de prestação e dos deveres de proteção poderemos também compreender que o *princípio da relatividade dos contratos* não é atingido e nem sequer “relativizado” pelo reconhecimento da existência dos deveres de proteção. A existência desses deveres, ademais, não outorga aos terceiros a condição de “parte”, conquanto possam interferir no contrato ou por ele ser atingidos.

Tradicionalmente afirma-se que, por conta do “princípio da relatividade dos contratos” (expresso no brocardo *res inter alios acta tertio necque nocet necque prodest*) há uma *impossibilidade lógico-jurídica* de um terceiro interferir (ou ser afetado) sobre (ou pela) relação de crédito, pois o direito de crédito é um direito relativo, apenas oponível ao devedor, que só a este vincula. Quem, por intermédio de um contrato, promete a prestação de um terceiro exprime uma promessa válida, mas obriga apenas a si mesmo: se o terceiro recusa cumprir, o promitente deverá indenizar o dano sofrido pelo outro contraente.

Desse modo, um contratante não pode *obrigar um terceiro* embora possa, em certas hipóteses, dispor sobre seu interesse, como ocorre com os beneficiários de seguro ou de doação em que há uma eficácia *em favor de terceiros*. O problema está em saber se, diferentemente, um terceiro pode *interferir* no crédito alheio.

Se não podendo interferir, não poderia, logicamente, ser responsabilizado por uma interferência que, juridicamente, não poderia ocorrer. Porém, essa impossibilidade só se dá quando não discernimos entre o contrato, como fato social que é, e a relação contratual por ele instaurada. A relação contratual marca o âmbito dos *deveres de prestação*. Nesse âmbito os terceiros não podem intervir nem são – em linha de princípio – atingidos, conquanto o possam ser respeitadamente à área dos deveres de proteção. Portanto, *considerado o espaço que lhe é próprio* o princípio da relatividade *não pode ser “relativizado”* seja para impor a terceiros *deveres de prestação*, seja para permitir que terceiros, que não são parte, realizem declarações com eficácia de vinculabilidade negocial.

Discernidos os espaços próprios dos deveres de prestação e dos deveres de proteção devemos, agora, voltar os olhos aos fundamentos desses últimos.

Conquanto o *fundamento* dos deveres de proteção (como dos demais deveres especiais de conduta) seja comumente remetido ao princípio da boa-fé, podemos, num esforço de análise, tentar distinguir; a) entre aqueles que estão orientados para o adimplemento satisfatório, seja de forma direta (deveres de prestação) seja de modo indireto (deveres instrumentais de conduta, a “instrumentalidade” marcando a sua conexão com o modo de realização do adimplemento) e, b) entre os que dizem respeito a uma *eficácia exterior à relação contratual*, embora não estranha *ao contrato*. Em outras palavras, há deveres que nem de longe dizem respeito ao adimplemento nem ao seu modo de ser, mas atinam ao impacto provocado pelo contrato na coletividade.

Veremos, oportunamente, que tais deveres de conduta com eficácias positiva e negativa (“deveres de proteção”) não se restringem apenas a impulsionar a promoção dos “justificados interesses da contraparte”, podendo ser dirigidos ao resguardo e/ou à promoção de interesses *coletivos* ou *transindividuais*. Por ora, examinemos a possibilidade de esses “outros deveres de conduta” encontrarem sua fonte também no princípio da função social do contrato, além da hipótese tradicional – reiteradamente versada – que encontra sua gênese no princípio da boa-fé objetiva<sup>80</sup>.

Comecemos, porém, com o exame dessa eficácia no contrato, exemplificando-a por meio de três grupos de casos, a saber: 1) contratos que instrumentalizam a propriedade dos bens de produção; 2) contratos que viabilizam, para uma das partes, prestações essenciais; 3) a noção de contratos “comunitários” como novo item da taxinomia contratual.

---

<sup>80</sup> Conferir em CARNEIRO DA FRADA, Manuel, *Contrato e Deveres de Proteção*, ..., *cit.*; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002. Permito-me reenviar para o meu *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999 e a bibliografia ali citada.

## 1. Contratos que instrumentalizam a propriedade dos bens de produção

A classificação de certos bens como “bens de produção” tem como referência a destinação ou a função dos bens no ciclo econômico, razão pela qual dos contratos que instrumentalizam a propriedade de bens de produção tem uma interface direta com o princípio da *função social da empresa* e com o princípio da *função social da propriedade*. Em ambos os campos a nota dominante é o exercício do direito subjetivo como um *poder-dever* direcionado à prevalência dos interesses comunitários sobre os meramente individuais. Trata-se, contudo, de prevalência dos interesses da comunidade e não de aniquilamento dos interesses individuais. Explico-me:

Tanto a propriedade quanto a empresa podem constituir unidades de produção econômica de bens e, como tal, de bens de produção, assim entendidos bens móveis ou imóveis (terra, dinheiro, o crédito, mercadorias ainda não integradas ao ciclo do consumo, etc) destinados a atuar como *instrumentos de produção*<sup>81</sup>.

A *destinação* desses bens à produção não decorre de um critério essencialista ou naturalista, mas de escolhas políticas, pautadas pelo Direito<sup>82</sup>. Considera-se que destinação social dos bens de produção “não é tarefa que deva ficar inteiramente submetida ao princípio da autonomia privada” nem “ao poder discricionário da Administração”<sup>83</sup>. Quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, a relação de propriedade transmuta-se em *poder de controle*. Ambas – relação de propriedade e poder de controle empresarial – constituem

---

<sup>81</sup> COMPARATO, Fábio Konder, “Função Social da Propriedade dos Bens de Produção”, *Revista de Direito Mercantil*, vol. 63, ano XXV (nova série), 1986, p. 73.

<sup>82</sup> Acerca das concepções naturalistas do mercado e de sua ultrapassagem, permito-me recordar o meu MARTINS-COSTA, Judith, “Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Taxis”, *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>83</sup> COMPARATO, Fábio Konder, “Função Social da Propriedade dos Bens de Produção”, ..., cit., vol. 63, ano XXV (nova série), 1986, p. 77 e 79.

*poderes-deveres*. Não se confunda, porém, tal poder-dever (derivado da função social) com mera restrição ou limitação. Esclarece Comparato:

“a função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e ao gozo dos bens próprios: em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuta-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos<sup>84</sup>”.

Daí a umbilical ligação entre o princípio da função social dos contratos que instrumentalizam bens de produção e os princípios da função social da empresa e da função social da propriedade que têm assento constitucional.

Detenhamo-nos no primeiro.

O princípio da *função social da empresa* constitui, como afirma Calixto Salomão Filho “o principal princípio norteador da *regulamentação externa dos interesses envolvidos pela grande empresa*”. É que, como acentua o Autor,

*“é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa. Exatamente na imposição de deveres positivos está o seu traço característico, a distingui-lo do princípio geral neminem laedere. Aí está a concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais”<sup>85</sup>.*

O controlador, como titular do dever-poder, tem deveres não apenas negativos, de não-lesar a ninguém, mas, igualmente, deveres positivos de utilizar, efetivamente, os bens em razão de sua destinação. A especial

---

<sup>84</sup> COMPARATO, Fábio Konder, “Função Social da Propriedade dos Bens de Produção”, ..., cit., vol. 63, ano XXV (nova série), 1986, p. 76.

<sup>85</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, “Sociedade Anônima: interesse público e privado. In: *Revista de Direito Mercantil*, vol. 127, p. 19.

densidade da empresa na vida comunitária está na raiz desses deveres, alguns deles pontualmente previstos em leis, outros derivados do princípio da função social por si só ou em conexão com outros princípios constitucionais e legais, como a proteção ao meio-ambiente ou a redução das desigualdades regionais, fundamento da concessão de incentivos fiscais, por exemplo. Incide de modo muito especial na figura do controlador, pois, como observou Fábio Konder Comparato em seu já clássico *“O poder de controle na sociedade anônima”*, ao exercer verdadeiro poder de disposição sobre os bens de outrem (os acionistas minoritários), o controlador,

*“não somente detém uma função social, mas é uma função social. A atividade empresarial deve ser exercida pelo empresário nas sociedades mercantis, não no interesse próprio, mas no interesse social, i.é, de todos os sócios uti singuli. Trata-se, portanto, de um poder-dever, a meio caminho entre o jus e o munus”*<sup>86</sup>.

Daí a previsão, nas leis e nos regulamentos, de mecanismos que buscam realizar o equilíbrio entre a tutela de centros de interesse igualmente dignos de tutela: os do acionista controlador, que toma maior risco no empreendimento, assumindo as responsabilidades próprias à gestão; os do acionista não-controlador, minoritário e também do preferencialista, que injeta recursos na sociedade; e os da empresa mesma, como *sujeito de direitos* – pólo gerador de empregos e riquezas – cuja existência interessa à vida comunitária. É em razão da função social que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em importantíssimo aresto, *“não ser plausível”* a dissolução de sociedade anônima,

*“sem antes aferir cada uma e todas as razões que militam em prol da preservação da empresa e da cessação de sua função social, tendo em vista que os interesses sociais hão de prevalecer sobre os de natureza pessoal de alguns dos acionistas”*<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> COMPARATO, Fábio Konder, *“O Poder de Controle na Sociedade Anônima”*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, pp. 100-101, grifamos.

<sup>87</sup> STJ, RESP n.º 247002/RJ, 3.ª T., Rel. Min. Nancy ANDRIGUI, j. em 04.12.2001, in DJ 25.03.2002, p. 272 e LEXSTJ vol. 155 p. 178.

Exemplo dessa eficácia – inclusive para adequar o texto do art. 224 A da Lei Acionária ao princípio da função social (da empresa e do contrato de alienação) está na hipótese em que fosse realizado procedimento de oferta pública (OPA) – procedimento de inegável cunho pré-contratual – visando o *encerramento ou a extinção* das atividades da empresa.

O mencionado art. 224- A determina que 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 por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle. (...)”. Assim sendo afasta da oferta pública, em linha de princípio, os preferencialistas, não titulares de ações com direito a voto. Porém, diante da relevância social da manutenção da empresa, e incidente o princípio da função social, creio ser devida a interpretação ampliativa do art. 109, II da Lei n. 6.404/76, segundo o qual é “direito essencial” de todos os acionistas – e não apenas dos titulares de ações ordinárias – a participação no acervo da companhia em caso de liquidação, sendo certo, na forma do seu parágrafo 2.º, que “os meios, processos ou ações que a lei confere no acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia-geral”<sup>88</sup>. O princípio da função social da empresa ampara a solução, pois aí se desenha, em grau máximo, a

---

<sup>88</sup> A hipótese de extensão aos preferencialistas do direito, conforme as circunstâncias do caso, é aventada por Roberta Prado e por Jorge Lobo, conquanto esses autores não a fundamentem no princípio da função social, preconizando, ao contrário, soluções de lege ferenda. (V. PRADO, Roberta Nioac, “Da obrigatoriedade por parte do adquirente do controle de sociedade por ações de capital aberto de fazer, em iguais condições, aos acionistas minoritários – art. 254 da lei 6.404/76 e Resolução CMN 401/76 – É efetivo mecanismo de proteção dos minoritários?” na *Revista de Direito Mercantil*, n.º 106, ano XXXVI, abril/junho, 1997, p.p. 81-106) e LOBO, Jorge (“Interpretação realista da alienação de controle de companhia aberta”, in *Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro*, n.º 124, ano XI, nova série, out/ dez de 2001, São Paulo, Malheiros, p. 100 e ss).

sua eficácia positiva, coligado que está à *ratio* do mencionado “direito essencial” previsto no art. 109, II da Lei societária, bem como a outras diretrizes constitucionais da ordem econômica, como a busca do pleno emprego e a proteção ao valor social do trabalho<sup>89</sup>.

No tratamento assegurado aos preferencialistas”, esclarece Arnaldo Wald, “*é preciso que também se atenda às determinações constitucionais e legais que renovam o contrato e a empresa, dando-lhes conteúdo democrático e ético (...)*”<sup>90</sup>. Justifica-se, assim, e na específica circunstância da aquisição para a extinção da empresa, a ultrapassagem da clausura legal, por via da interpretação expansiva, autorizada pelo princípio da função social da empresa. Contudo, é importante ressaltar que uma tal solução não pode ser visualizada *in abstracto*, antes se conformando a “juízos de realidade”<sup>91</sup> a serem procedidos caso a caso, consoante o critério do escopo do controlador ao proceder à oferta.

## 2. Contratos que viabilizam “prestações essenciais” à pessoa humana

A idéia de contratos que viabilizam “prestações essenciais” para uma das partes foi posta na doutrina brasileira por Teresa Negreiros ao considerar como eixo para a concretização da “função social” não “o contrato”, instrumento jurídico, mas o objeto (ou bem da vida) que o contrato visa instrumentalizar. A premissa da qual parte é que “*as necessidades humanas não podem ser um elemento ao qual a teoria*

---

<sup>89</sup> Estabelecendo a ligação entre o valor social do trabalho e o princípio da função social, o estudo de REALE JÚNIOR, Miguel, “Função Social do Contrato: Integração das Normas do Capítulo XV com os Princípios e as Cláusulas Gerais”, *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.

<sup>90</sup> WALD, Arnaldo, “Os Preferencialistas e o Código Civil”, *Valor Econômico*, 18.03.04.

<sup>91</sup> LOBO, Jorge, “Interpretação realista da alienação de controle de companhia aberta”, *Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro*, n.º 124, ano XI, nova série, out/dez de 2001, São Paulo, Malheiros, p.p. 91-106.



*contratual se mantenha indiferente*<sup>92</sup>”, o que a levou a propor a agregação, à tradicional divisão dos bens, da distinção entre bens essenciais e supérfluos, “*levando em conta a destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado*”<sup>93</sup>. Daí a equação: tanto mais *essencial* for, para as partes, o bem da vida subjacente ao objeto contratual (como no seguro de vida, no seguro-saúde, no fornecimento de água e energia elétrica, nos transportes, etc), maior deve ser a intervenção estatal (com o fito de concretizar o princípio da função social), na sua tríplice esfera, para tutelar o bem contratado. Nesse caso a aceção da expressão “função social” será bem exemplificada pela projeção do bem objeto do contrato na vida social, adquirindo maior relevância quanto maior for o interesse geral na sua realização, como ocorre, *v.g.*, com os contratos na área educacional.

Conquanto grande parte dos contratos que instrumentalizam prestações essenciais à pessoa humana receba a tutela do Código de Defesa do Consumidor (CDC)<sup>94</sup> haverá casos de contratos interempresariais (não caracterizadores de relação jurídica de consumo) cujo objeto também consistirá em bem essencial. Figure-se a hipótese de contratos

---

<sup>92</sup> NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de, *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 379.

<sup>93</sup> NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de, *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 383.

<sup>94</sup> A lei brasileira de proteção ao consumidor (Código de Defesa do Consumidor) não determina o quem sejam “serviços essenciais”. Há referência genérica no art. 22 ao dever de continuidade dos *serviços públicos* essenciais, cominando-se o dever de cumprimento e/ou indenização dos danos causados pela não-prestação ou prestação deficiente. O Direito português, explica Pinto Monteiro, pretendeu conferir na Lei que protege o utente dos serviços públicos (Lei n.23/96) solução mais “completa e precisa” na regulamentação dos serviços públicos essenciais ao consumidor, o que implica na prévia definição dos serviços abrangidos, prevenindo dúvidas sobre o âmbito de aplicação da lei respeitadamente à determinação e quais os serviços são públicos e quais, dentre eles, os essenciais. Além do mais não identifica o utente dos serviços com o consumidor, qualificando-o como qualquer pessoa, singular ou coletiva, a quem o fornecedor de serviços se obriga a prestá-lo, independentemente de sua qualidade e do destino a dar ao serviço. (PINTO MONTEIRO, Antonio, “A protecção do consumidor por serviços públicos essenciais, *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. N. 2, 2000, p.p. 338-350).

para a importação de medicamentos – por exemplo, para o controle da AIDS, ou da hepatite. Aí – mais até que nos casos regrados pelo CDC estará clara a percepção de estar em presença de interesses concomitantemente individuais (o interesse do doente) e coletivos (o interesse público na prevenção e contenção da doença).

Pois bem: tais contratos implicam para o contratante fornecedor do bem essencial não apenas o cumprimento dos deveres de prestação e dos deveres de conduta derivados das funcionalidades produtivas (positivas e negativas) do princípio da boa-fé objetiva. Também poderão gerar deveres de conduta que encontram seu fundamento não na proteção da lealdade e probidade (princípio da boa-fé objetiva) nem na tutela das legítimas expectativas das partes (princípio da confiança<sup>95</sup>), mas no princípio da função social pois dizerem respeito a utilidades que se projetam para além do círculo dos contratantes. Assim, exemplificativamente, o dever de não obstar injustificadamente a prestação do bem

---

<sup>95</sup> Embora a ligação até mesmo etimológica entre boa-fé (*bona fides*) e confiança (*cum fides*), ambas as expressões designam, no Direito das Obrigações, realidades funcionais diversas, ainda que conexas. No cerne do princípio da boa-fé está o resguardo de uma conduta honesta, proba e leal. Sendo as relações obrigacionais “relações de cooperação” a boa-fé é o princípio que informa o modo pelo qual tal cooperação será devida, norteando “o teor geral dessa colaboração intersubjetiva” (MENEZES CORDEIRO, A. M., *Direito das Obrigações*, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980. v. 1. p. 142 e 143). A *confiança* atua multifuncionalmente, seja como (i) princípio geral, seja como (ii) matriz ou fundamento da ação segundo a boa-fé, seja, enfim, (iii) autonomamente, como fonte direta de direitos e deveres. No seu feito autônomo, o princípio da confiança liga-se, fundamentalmente, com (i) à proteção das expectativas; atuando ainda (ii) como justificativa ou explicação para a vinculabilidade dos negócios jurídicos. (ver MOTA PINTO, Paulo, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 26 *ess*; e CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina, 2004, em especial p. 454 e *ss*). Distinguem-se, pois, os princípios da boa-fé e da confiança: aquela, a boa-fé, liga-se, primariamente, ao *dever geral de cooperação*, impondo, para tal fim, pautas de correção, lealdade, probidade e consideração aos interesses legítimos do parceiro (*civiliter agere*); esta, a confiança, prende-se, primariamente, à *geração de expectativas legítimas* cuja manutenção pode constituir um dever jurídico (dever de manter a confiança suscitada) e cuja frustração pode ocasionar responsabilidade por danos (responsabilidade pela confiança).

afetado pela essencialidade à realização da “existência digna” de que fala o art. 170 da Constituição Federal, ou o dever de adoção de certos cuidados ou providências que minorem a probabilidade de riscos ao bem (utilidade) assegurado da “existência digna”. Tais deveres não têm ligação imediata nem com a lealdade nem com a confiança (valores assegurados, respectivamente, pelos princípios da boa-fé e da confiança legítima), mas com a função social a que está o contrato predisposto.

Conquanto a especificação do que seja “bem essencial” deva ocorrer por via legislativa, como ocorre, exemplificativamente, no parágrafo único do art. 2.º da Lei dos Crimes contra a Economia Popular<sup>96</sup> (pois é necessário um critério objetivo para a qualificação da essencialidade) o princípio da função social do contrato poderá atuar mesmo quando não houver essa especial qualificação legislativa. Nesse caso, porém, a sua eficácia operará, basicamente, no plano hermenêutico reforçando, quando for o caso, a interpretação pró-aderente ou auxiliando a desenhar a ilicitude de meios prevista no art. 187 do Código Civil.

### 3) Contratos comunitários

A taxionomia contratual deve acolher a noção de “*contratos comunitários*” para indicar aqueles contratos – como os de seguro<sup>97</sup>; de

---

<sup>96</sup> Lei n. 1.521, de 26/12 1951, abarcando no mencionado art. 2.º, parágrafo único “os gêneros, artigos, mercadorias e qualquer outra espécie de coisas ou bens indispensáveis à subsistência do indivíduo em condições higiênicas e ao exercício normal de suas atividades. Estão compreendidos nesta definição os artigos destinados à alimentação, ao vestuário e à iluminação, os terapêuticos ou sanitários, o combustível, a habitação e os materiais de construção”.

<sup>97</sup> Tratando o contrato de seguro como “operação comunitária” v. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, “O Seguro como Operação Jurídica Comunitária”, *Seguros: uma questão atual*. São Paulo, IBDS- Max Limonad, 2001, p. 46 e ss. Segundo o autor, o traço que peculiariza o contrato de seguro, distinguindo-o fundamentalmente de outros contratos típicos, é o fato de consistir “um sistema de poupança, ou de economia coletiva, impensável quando ajustado individualmente” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, Natureza Jurídica Do “Monte De Previdência”, *Anais do II Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*, Porto Alegre, novembro de 2001, p. 105). Nessa perspectiva, diz o Autor,

consórcio; de prestação ou fornecimento de serviços de energia elétrica, entre outros – em que subjaz na sua própria racionalidade econômico social a noção de comunidade, uma vez que num dos pólos não está meramente o interesse de uma soma aritmética de “individualidades”, mas interesses supra-individuais ou coletivos.

Uma coletividade não é formada pela mera soma de individualidades, já tendo percebido a filosofia grega que o todo não é apenas a mera soma das partes: no todo, há um *plus* que se agrega, e este é o *interesse comum*, inconfundível com cada interesse isoladamente considerado, interesse comum dos membros do grupo segurado, tratando-se, pois, de uma comunidade numericamente determinável.

É justamente a existência do interesse comum a todos os particulares membros que conduz à idéia de comunidade, razão pela qual na apreciação desses contratos, os direitos subjetivos de cada um dos contratantes não podem ser vistos de modo atomístico, como se cada um fosse uma entidade isolada, envolvido na hobbesiana luta de todos contra todos. Desta compreensão resulta a afirmação da transindividualidade ou comunitariedade que está no fulcro da operação jurídica e econômica de tais contratos.

No contrato de fornecimento de energia elétrica, por exemplo, assim como seria inadequado pensar-se numa *conformação de conteúdos diferentes para cada contrato*, igualmente não se poderia cogitar da *diversidade da proporção de contribuições (preços, tarifas, prêmios, contraprestações) a cargo de cada um dos contratantes, utentes do benefício ou serviço instrumentalizado pelo contrato*. É que, nesses casos, a idéia de uma comunitariedade ou transindividualidade dos interesses em causa não pode ser afastada sob pena de ser desvirtuada a sua própria função econômico-social não se podendo sequer compreender a racionalidade da operação econômica subjacente senão percebendo o “todo”, a comunidade de interesses que está em sua base.

---

é o seguro “uma velha instituição” que, “convivendo embora com todas as formas do individualismo moderno, preservou o germe de uma instituição de natureza solidária, enquanto genuína expressão de um contrato rigorosamente econômico, porém, apesar disso, com a feição de um negócio jurídico que, ao invés do conflito, assenta-se no princípio da solidariedade entre os sujeitos que dele participam” (idem, p. 104)

Mesmo assim, alerta Baptista da Silva, muitas vezes tratamos o contrato de seguro como se estivesse em sua racionalidade a mesma lógica que preside a compra-e-venda, pois é “difícil, para nossa formação, conceber um contrato, como o de seguro, que não se forma bilateralmente, como uma relação de conflito de interesses<sup>98</sup>”. Essa dificuldade na compreensão da ancoragem do seguro numa estrutura econômico-jurídica comunitária decorre das viseiras decorrentes do “o individualismo [que] permeia toda nossa formação<sup>99</sup>” mental. Porém, esclarece, mesmo nos seguros de tipo capitalista o monte é “uma entidade coletiva”, é “comunitário”, a companhia seguradora administrando-o como gestora<sup>100</sup>, de modo que quando há lide “temos que vê-lo como um contrato diferente do contrato bilateral, porque os reflexos do resultado podem alcançar as poupanças feitas pelos demais segurados<sup>101</sup>”.

A percepção do *interesse comunitário* gera deveres de proteção intra-contratuais (reforçando, exemplificativamente, a repressão à fraude do segurado; ou gerando o dever de levar em consideração os legítimos interesses e expectativas dos demais membros do grupo, não onerando demasiada e frivolumente a companhia seguradora, ou a empresa distribuidora de energia, nem acrescentando desnecessariamente o risco, uma vez que os prejuízos serão suportados por todos).

É, porém, na geração de eficácias trans-subjetivas que reside, no meu juízo, a função que mais de perto está ligada no “*em razão da*” e a que mais fundamente poderá inovar a teoria do contrato. Em termos amplíssimos, significa que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio

---

<sup>98</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, “O Seguro como Operação Jurídica Comunitária”, *Seguros: uma questão atual*, São Paulo, IBDS- Max Limonad, 2001, p. 46.

<sup>99</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, “O Seguro como Operação Jurídica Comunitária”, ..., cit., p. 49.

<sup>100</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, “O Seguro como Operação Jurídica Comunitária”, ..., cit., p. 48.

<sup>101</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio, “O Seguro como Operação Jurídica Comunitária”, ..., cit., pp. 48-49.

afetadas<sup>102</sup>. Cabe, pois, ao menos indicar algumas possibilidades de concretização dessas eficácias.

### B) Eficácias Transsubjetivas do princípio da Função Social

O individualismo (entendido como apologia insensata do interesse pessoal) teve como efeito a instauração, no Direito das Obrigações, do *protótipo da compra e venda*: as relações obrigacionais passaram a ser pensadas exclusivamente como relações entre dois pólos vinculados por um laço de subordinação e sujeitos ao moto: “meu lucro é o teu prejuízo, teu prejuízo é o meu lucro”. Daí nossa dificuldade em compreender a eficácia de contratos que atuam diferentemente ou para além de um vínculo bilateral que une indivíduos isolados, cujos interesses são contrapostos.

Porém os contratos são, antes de mais, *atos sociais* articulados numa multiplicidade de esquemas típicos e atípicos. Às novas necessidades sociais correspondem novos esquemas contratuais. É reconhecida ao contrato uma *dimensão conceitual plural* e não-homogênea.<sup>103</sup> *O contrato são os contratos*, empregando-se o mesmo signo lingüístico como fórmula para designar: i) esquemas de ação exclusivamente interindividual, numa lógica econômica individualizadora (tais quais os contratos paritários, fundados no poder de auto-regulamentação e no dever de colaboração); ii) esquemas de ação interindividual e explicáveis, do

---

<sup>102</sup> NEGREIROS, Teresa, *Teoria do Contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 206.

<sup>103</sup> Há décadas já se alerta para a inadequação de buscar-se um conceito e um regime jurídico unívocos para o direito contratual. Na França, Denis TALLON sublinhava, já em 1990, não vivermos mais o tempo no qual “le contrat était présenté comme reposant sur un fondement sans faille” de modo a evidenciar-se, cada vez de modo mais claro, que “le phénomène contractuel ne peut se contenter d’une explication unique” (“L’évolution des idées en matière de contrat: survol comparatif”, *Revue Droits*, 12, 1990, p. 82 e 87). Na mesma época, na Itália, Guido ALPA acentuava: “Il faut en conclure qu’on ne peut pas donner une définition générale et abstraite du contrat, mais plutôt une définition de chaque opération contractuelle conclue par les parties, compte tenu des circonstances présentes au moment de la conclusion (“Le contrat “individuel” et sa définition”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, p. 331, 1988).

ponto de vista econômico, numa “lógica de massa” (contratos formados por adesão e em escala massiva, mas admitindo, ainda, certa atenção à subjetividade dos contratantes, como os contratos de fornecimento de certos bens de consumo); iii) esquemas de ação metaindividual, compreensíveis, economicamente, numa lógica de massa ou grande escala (formados por adesão a condições gerais de negócios, sem considerações relevantes à individualidade dos contratantes, como os contratos bancários); iv) esquemas de ação transpessoal e cuja racionalidade ultrapassa a esfera do indivíduo, só se explicando numa dimensão comunitária (como os contratos de fornecimento de energia elétrica ou os de seguro), ou global (como contratos firmados no âmbito de grupos, redes, cadeias, ou conglomerados empresariais que ultrapassam as fronteiras nacionais).

Por seu turno a globalização<sup>104</sup> veio não apenas acentuar a tensão entre ordem normativa e ordem naturalista, entre Direito e mercado, como a afastar, em numerosíssimos casos, a possibilidade de pensar-se o contrato como uma operação jurídica e econômica *bastante em si mesma*, atinente, exclusivamente, a dois pólos contratantes e desligada de um contexto que, não raramente, é supranacional.<sup>105</sup> Ajuntam-se

---

<sup>104</sup> Veja-se a penetrante análise de Joaquim de Sousa Ribeiro sobre as inflexões na proteção ao consumidor sofridas em razão do Direito comunitário europeu, passando-se de uma perspectiva de proteção à pessoa do consumidor à proteção do mercado e da concorrência, por meio de uma abordagem economicista, correspondente à edição de normas de modo fragmentário e não sistemático (RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Direito dos contratos e regulação do mercado”, *Studia Iuridica. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 73, Coimbra, 2003, p. 225-241).

<sup>105</sup> Com razão Avelãs Nunes ao pontuar que a globalização é um fenômeno complexo, que se apresenta sob múltiplos aspectos (de ordem filosófica, ideológica e cultural), “mas que tem no terreno da economia a chave de sua compreensão e a área estratégica da sua projecção”. Essa chave de compreensão está configurada em três características essenciais ao processo de globalização financeira que está no núcleo da globalização: a “desintermediação (substituição da tradicional intermediação da banca nos mecanismos de crédito pelo financiamento direto e o autofinanciamento dos grandes investidores institucionais); a descompartimentalização (a perda de autonomia entre os vários mercados, como o monetário, o mercado de câmbios, o financeiro, agora transformados num mercado financeiro único em escala nacional e transnacional); e a

*novos modos de negociar, novos modos de estabelecer contratos e novos modelos contratuais.*

Com efeito, o século XX viu-se às voltas, no seu último terço, com um mosaico de tendências culturais, econômicas, científicas e sociológicas que, rapidamente, se vieram conectando e confirmando, de modo a configurar, em brevíssimo período, “uma verdadeira revolução no estilo de negociar”.<sup>106</sup> Confluíram-se, para tecer um inédito desenho social, o alargamento e a densificação dos mercados, a profusão dos produtos disponíveis e as técnicas (psicológicas, econômicas, jurídicas) que habilitam a sua circulação; as características tecnológicas dos meios permissivos de uma inacreditável velocidade das trocas; os modelos jurídicos autorizadores da multiplicação repetitiva dos atos jurídicos, multiplicação conseqüente à contratação massificada por adesão; *formas moleculares* de associações interempresárias;<sup>107</sup> e o virtual anonimato dos contratantes (derivado da despersonalização dos vínculos, seja por conta da forma de contratação, seja pelo meio em que essa ocorre). Novas estratégias de convencimento são constantemente pensadas, formuladas e reformadas nos “*mercati senza confini*”.<sup>108</sup>

---

desregulamentação (plena liberalização dos movimentos de capitais) “Neoliberalismo, globalização e desenvolvimento econômico”, *Boletim de Ciências Econômicas*, XVI. Coimbra, p. 17-30, 2002). Ora, essas três características atinam diretamente com os contratos, formas jurídicas que as podem viabilizar.

<sup>106</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado...* cit., prólogo, VIII e IX. Grifei.

<sup>107</sup> A propósito, fala-se mesmo numa forma molecular de organização econômico-jurídica, derivada da “*a passagem da era atomística à era molecular do direito das sociedades*”, diz Rodière. O “átomo cedeu lugar à molécula”, reitera José Engrácia Antunes, para quem a fisionomia da prática empresarial contemporânea deixou de ser “fielmente retratada pela sociedade individual e isolada (empresa unissocietária) para passar a rever-se essencialmente na emergência de grupos societários” (ambas as passagens em: ANTUNES, José Engrácia, *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 42-44).

<sup>108</sup> Assim o livro de VICARI, Salvatore, *Nuove dimensioni della concorrenza – strategie nei mercati senza confini*, Milão: EGEA- Giuffrè, 1989 (ristampa, 1998). Já no final dos anos 80 o autor pesquisava os novos terrenos que vinham sendo abertos, arrolando como “tendências” – a final, concretizadas – i) a economicidade que passava



Ao novo “estilo de negociar” juntou-se a existência de novos modos de estabelecer contratos, conseqüentes à expansão, à sofisticação técnica e às peculiaridades dos meios eletrônicos. E a tudo se somou a criação de novos modelos contratuais. Basta pensar na existência de redes, cadeias e grupos contratuais, formas expressivas de operações econômicas múltiplas, complexas e não raramente conexas, porquanto marcadas por uma *unidade finalista*, por uma “supracontratualidade”,<sup>109</sup> também o direito dos contratos vivenciando, tal qual o Direito societário, o momento de “passagem do átomo à molécula”.

Por fim, quanto ao impacto das políticas públicas no espaço que há um tempo parecia assegurado ao mercado, forçoso é reconhecer que, embora enfraquecido o papel do Estado pela “desregulamentação” seguida ao predomínio das políticas neoliberais, o certo é que, ao menos no Brasil, e ainda, o Estado é “agente normativo e regulador da atividade econômica” (CF, art. 174, *caput*). Proferem assim, continuamente, normas que implementam políticas públicas e regulam setores, seja por meio de uma disciplina específica (leis de proteção da concorrência; do consumidor; do meio ambiente), seja por meio de *princípios e diretrizes* densificados pela atividade judicial.

De tudo resulta um novo modo de pensar-se não apenas os contratos e a estrutura da relação contratual, mas a própria hermenêutica contratual<sup>110</sup>. A idéia de “cooperação” entre as partes substituiu-se, na

---

a revestir a informação; ii) as novas tecnologias, originadas da microeletrônica, da informática, da bioengenharia e da expansão das formas comunicativas no espaço; iii) a globalização dos mercados; iv) o conseqüente alargamento da concorrência; as alianças e novas formas cooperativas interempresariais; e v) à renovada importância das fusões interempresariais.

<sup>109</sup> LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los contractos*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, t., I, p. 40. Explica o autor: “Assim como há uma finalidade perseguida através de um contrato, e isto motivou uma categorização muito útil para o Direito, há uma finalidade supracontratual. Nesta, as finalidades econômico-sociais são distintas ou mais amplas das que existem nos contratos social ou legalmente típicos, de modo tal que estes últimos são usados instrumentalmente para alcançar àquelas.”

<sup>110</sup> Permitimo-nos reenviar ao nosso MARTINS-COSTA, Judith, “O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil”, *Questões Controvertidas no Direito das Obrigações e nos Contratos*,

descrição da relação obrigacional, à noção de subordinação do devedor ao credor. Além do mais se percebe que os contratos, em graus e medidas diversas podem afetar- e positivamente afetam – quem deles não tomou “parte”, muito embora os terceiros eventualmente afetados não sejam – e nem possam ser – “parte” no contrato, não estando sujeitos, portanto, aos preceitos estabelecidos pelas declarações negociais alheias. Pela expressão “eficácias transubjetivas” trata-se apenas de perceber no Direito contratual os reflexos de um fenômeno bem mais amplo – o fenômeno da transindividualidade – que, no Direito processual contemporâneo tem expressão, por exemplo, nos instrumentos que tutelam os chamados interesses difusos e coletivos.

Porém, como esclarece Calixto Salomão Filho, a categoria dos interesses difusos não se restringe ao Direito processual, havendo projeções no Direito material. Em razão do caráter plurívoco e historicamente determinado dessas projeções, aquele autor busca no constitucionalismo e na civilística germânicos a idéia de “*garantias institucionais*” como fonte de normas de proteção (*Schutzgesetze*) para situar o caráter “precipuamente institucional” das normas cujo descumprimento é, ao mesmo tempo, lesivo ao interesse coletivo e ao interesse individual<sup>111</sup>. Há, portanto, afirma Salomão Filho, *interesses institucionais*<sup>112</sup>, vale dizer – interesses concomitantemente subjetivos, intersubjetivos e transubjetivos – que, nas relações contratuais são assegurados justamente pelo princípio da função social do contrato. Daí a asserção pela qual “toda vez que forem lesados interesses institucionais haverá lesão à função social do contrato”.<sup>113</sup>

O inventário das chamadas eficácias transindividuais decorrentes do princípio da função social ainda se está por fazer. Podem, porém,

---

coordenação: Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves, São Paulo, Editora Método, 2005, pp.127-155.

<sup>111</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, “Função Social do Contrato: primeiras anotações”, RT, vol. 823, São Paulo, 2004, p.p. 71-73.

<sup>112</sup> Essa denominação está em SALOMÃO FILHO, Calixto, “Função Social do Contrato”, ..., cit., p. 82.

<sup>113</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, “Função Social do Contrato”, ..., cit., 2004, p. 83.

ser *exemplificadas* mediante o recurso a três grupos de situações relativamente às quais o princípio da função social do contrato pode atuar como “lei de referência”, isto é, texto de referência para uma adequada sistematização das soluções: a tutela externa do crédito, a interdependência funcional entre vários contratos, e a projeção de efeitos sobre terceiros não determinados ou a bens fundamentais da comunidade.

### 1) tutela externa do crédito

A idéia de “tutela externa do crédito” constitui eloqüente exemplo da adequação do pensamento pelo qual um contrato, além de constituir um “acordo de declarações” (perspectiva estrutural) e uma operação econômica (perspectiva substancial) é, fundamentalmente, um *fato social*. Como fato social revestido por especial qualificação jurídica o contrato pode afetar pessoas que dele não são parte, de modo a gerar-lhes deveres de abstenção. Trata-se, com efeito, de uma especial qualificação do princípio *noeminem laedere*.

Essa eficácia foi posta em relevo, no Brasil, por Antonio Junqueira de Azevedo que, pela primeira vez associou a hipótese ao princípio da função social<sup>114</sup>. O problema central está em saber se um terceiro (que não é “parte” no contrato) pode ser responsabilizado, perante o credor, por lesar o direito de crédito, ou, noutra perspectiva, por interferir com o contrato obrigacional, violando o dever de abster-se de interferir maliciosamente na relação de crédito alheia.

Esse problema implica em: (i) revisitar o conceito de “terceiros”; (ii) considerar as diferentes formas de “interferências”; (iii) determinar a natureza da sua responsabilidade; (iv) definir o(s) regime(s) da indenização; (v) determinar o eventual alcance de uma cláusula penal ao terceiro interferente; (vi) saber se é juridicamente possível a interferência de um terceiro sobre o crédito.

---

<sup>114</sup> 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”, *Revista dos Tribunais*, v. 750, São Paulo, abril de 1998, p. 113-120.

Essa última questão é, na verdade, a primeira, pois está no pressuposto à resposta a ser dada a todas as demais. Já vimos, porém que, delimitado o espaço que é próprio ao princípio da relatividade dos contratos, é possível – sem afastá-lo e sem atribuir aos terceiros uma indevida qualificação como parte (e, conseqüentemente, não se lhes reconhecendo a titularidade de direitos subjetivos e formativos nem se lhes impondo *deveres de prestação*) deduzir do contrato – como fato social – a conseqüência de atingir terceiros ou de ser por atingido.

Pois bem: a hipótese de tutela externa do crédito não diz respeito a deveres de proteção a terceiros impostos aos contratantes, mas a deveres (dirigidos a terceiros) de respeito à relação contratual, nela não interferindo indevidamente. Haveria, pois, uma *especialíssima qualificação* para a regra de não-lesar (*neminem laedere*) resultando em responsabilidade por indevida interferência na relação contratual (*tort of induction*, ou *tort of interference with contractual relations*). Essa especialíssima qualificação decorreria do “fato” do contrato especificamente considerado e de seu impacto na vida comunitária.

A ligação entre a hipótese da tutela externa do crédito e o princípio da função social se dá – segundo Junqueira de Azevedo – na medida em que o princípio da função social é preceito destinado a integrar os contratos “*numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas*”<sup>115</sup>. Assim, para o Autor, o art. 421 daria a base para a recepção, no ordenamento brasileiro, de teoria que já tem curso no Direito Comparado, qual seja a da indevida interferência de terceiros no contrato (no direito da *common law* equivalente às figuras da *tort of induction*, ou *tort of interference with contractual relations*), conhecido, nos países de *Civil Law* como “*eficácia externa das obrigações*”, teoria que surge

---

<sup>115</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira, “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”, cit., p. 116.

nos países de *Common Law* e tem momento paradigmático no caso PENNZOIL VS TEXACO, ocorrido nos EUA em 1984<sup>116</sup>.

Trata-se de hipótese de responsabilidade por dano derivado do fato de terceiro ter praticado indevida intromissão contra relação contratual ou pré-contratual alheia. Porém, é preciso distinguir: do ponto de vista do *objeto* da indução (no sentido de instigação ou incitação) indevida, considera-se não apenas o ato de terceiro contra a relação contratual ou pré-contratual, mas também a tutela jurídica de documentos que, até a pouco, eram tidos como despidos de relevância jurídica, instrumentos da “fase formativa”, considerados ainda não-contratos, mas “acordos intermédios” (*in-between agreements*) que se vão exercitando no processo negociatório e organizando e expressando esse processo. Assim as *letters of intent*, as chamadas “relações contratuais

---

<sup>116</sup> Caso ocorrido na década de 80 e célebre por ter resultado numa das maiores indenizações já impostas por uma Corte dos EUA: 7,53 bilhões de dólares de indenização, impostos a TEXACO em demanda promovida por PENNZOIL, mais 1 bilhão de dólares de *punitive damages* (indenização punitiva). Em brevíssima síntese: negociavam Pennzoil e os principais acionistas da Getty Oil um “Memorando de Entendimentos” regulador de um conjunto de ações na seqüência dos quais a Pennzoil e o Sarah C. Getty Trust passariam a ser os únicos acionistas da Getty Oil. Nos termos do Memorando, a Pennzoil pagaria 110 dólares por ação. Aprovado o Memorando foi anunciado ao público, no dia 4 de janeiro – antes da abertura da Bolsa de Valores de Nova York – a existência de um “acordo de princípios entre as partes”, enquanto prosseguiram as negociações relativas a outros pontos do Memorando. Foi então que a Texaco, principal concorrente da Pennzoil, passou a negociar secretamente com os acionistas da Getty Oil um plano de aquisição da Getty. A Texaco pagaria, por ação, 128 dólares. Em 6 de janeiro, uma nota à imprensa assinada pela Texaco anunciava o acordo com os acionistas da Getty para a aquisição dessa empresa. De imediato a Pennzoil intentou contra a Texaco uma ação baseada no tort of induction breach of contract (responsabilidade pela indução à violação de contrato). O pleito foi acolhido judicialmente, conferindo-se a indenização bilionária, com fundamento nos danos sofridos pela Pennzoil em razão da interferência ilícita (tortiously) da Texaco na relação comercial alheia (relato do caso em [http://64.233.161.104/search?q=cache:-h8lL3-EL0MJ:ocw.mit.edu/NR/rdonlyres/Sloan-School-of-Management/15-649The-Law-of-Mergers-and-AcquisitionsSpring2003/A02C9630-1DD2-4F8D-A644-3471ADC63C62/0/class1texacopennzoilexcerpts.pdf+Texaco+v.+Pennzoil+\(1984\).&hl=pt-BR&gl=br&ct=clnk&cd=1](http://64.233.161.104/search?q=cache:-h8lL3-EL0MJ:ocw.mit.edu/NR/rdonlyres/Sloan-School-of-Management/15-649The-Law-of-Mergers-and-AcquisitionsSpring2003/A02C9630-1DD2-4F8D-A644-3471ADC63C62/0/class1texacopennzoilexcerpts.pdf+Texaco+v.+Pennzoil+(1984).&hl=pt-BR&gl=br&ct=clnk&cd=1)).

prospectivas”<sup>117</sup>, os “acordos preliminares” e os ‘acordos de princípio’ (*agreements in principle*). Do ponto de vista *subjetivo*, é necessária a intenção de interferir, ou a consciência de estar interferindo. Não é preciso dolo, mas sim a “interferência intencional não justificada” ou, segundo o *Restatement, torts, 2,d*, uma interferência intencional e imprópria (*improper*). A interferência por negligência (*negligence*), isto é, a mera culpa, não é acionável<sup>118</sup>. E, como em toda a responsabilidade por dano, é necessária a prova do nexo causal entre a interferência indevida e o dano.

Também os Direitos francês e italiano acatam a responsabilidade de terceiro que interfere indevidamente no crédito. A jurisprudência francesa realizou, há mais de meio século, um laborioso trabalho de distinção entre a *relatividade dos contratos* e a sua *oponibilidade*, superando a letra do art. 1165 do *Code* que consagra expressamente o princípio da relatividade. Essa distinção deriva de decisão de 22 de junho de 1864 da *Cour de Cassation*. Desde então se distingue entre a força obrigatória (relatividade), que vale só entre as partes, e a *oponibilidade*, que vale na relação com terceiros. Sendo o contrato não apenas um acordo jurídico, mas também um *fato social* compreende-se que enseje o nascimento de situações jurídicas novas que podem prejudicar terceiros ou dar-lhes vantagens<sup>119</sup>. Por isso, embora o contrato não “obrigue” terceiros, nem esses possam exigir o cumprimento de cláusulas contratuais as partes podem opor seus direitos a terceiros e estes têm o dever de respeitar os direitos dos contratantes.

---

<sup>117</sup> Segundo SANTOS JÚNIOR, E., *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 293, constituem relações, travadas no âmbito comercial, que ainda não estão formalizadas em qualquer contrato ou acordo, mas cuja formalização se antevê com um razoável grau de probabilidade, acarretando o potencial contrato uma vantagem econômica para o lesado pela interferência. Por exemplo, a perspectiva de obter clientes, ou vender imóveis, ou o exercício de uma opção de renovação de um contrato em vigor. (*Restatement, torts, 2d, Comment c (type of relation) à § 766 B.*)

<sup>118</sup> SANTOS JÚNIOR, E., *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, cit., p. 300.

<sup>119</sup> BACACHE-GIBELLI, Mireille, *La Relativité des Conventions et les Groupes de Contrats*, Paris: LGDJ, 1996, p. 85.

No direito italiano, similarmente, a jurisprudência construiu os casos de tutela externa, destacando-se as novas hipóteses geradas pela interpretação ampliativa dos *contratos em favor de terceiro*, para qualificar também assim negócios tais quais os “fundos de pensão”, agência, representação, cessão de posição contratual, de consultoria, etc<sup>120</sup>.

Conquanto a recepção da teoria da tutela externa do crédito independa do princípio da função social do contrato (assim se tendo desenvolvido em outros países) o art. 421, conectado ao art. 927 do Código Civil, pode atuar como “texto de referência” para a ordenação das espécies, evitando a fragmentação conseqüente ao casuísmo. Nesse sentido se poderia alcançar certa “objetivação” do princípio da relatividade, “ênfatizando os contornos sociais do contrato – aqueles que o tornam um fato social diante do qual os terceiros não estão, nem devem estar, indiferentes”<sup>121</sup>. Porém, a eficácia externa dos contratos não tem natureza contratual, mas *extracontratual*, sendo acolhida pela cláusula geral do art. 927 do Código Civil, já que o contrato é, para os terceiros, apenas o “fato social” e não a relação instaurada pelo contrato.

## 2. Contratos com interdependência funcional

Outro importante grupo de casos em que há uma expansão da eficácia de um contrato para além dos sujeitos contratantes diz respeito à *consideração da eficácia na esfera de terceiros determinados*, hipótese que, na Itália e na França, também derivou da construção jurisprudencial. Seu fundamento bifurca-se em explicação sociológica (fundada no *fenômeno social da interdependência* cujas manifestações são tão diversas quanto conhecidas) e jurídica.

---

<sup>120</sup> ALPA, G.; FUSARO, A.; DASSIO, M.; SOMMA, A., TORIELLO, F. *Effeti del Contratto nei Confronti dei Terzi*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 4. Sobre a problemática dos contratos com prestação ao terceiro, v. MACCARONE, Giovanni, *Contratto con Prestazione al Terzo*, Nápoles, ESI, 1997.

<sup>121</sup> NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de, *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 217.

Trata-se, aqui, não já da eficácia de um contrato sobre terceiros, isto é, de alguém que está fora da relação contratual, mas da *expansão da eficácia de um contrato em outro, ou em outros contratos*, desde que entre esses haja vínculo funcional ou finalístico, como ocorre, exemplificativamente, nos contratos firmados no âmbito do sistema financeiro de habitação em que se interligam finalisticamente contratos de incorporação imobiliária, mútuo bancário, promessa de compra e venda, garantias hipotecárias, etc. Nesses casos a consideração da eficácia de um contrato na esfera jurídica de terceiros ou em outros contratos firmados em vista de um mesmo fim está na continuidade e na interferência entre esferas de interesse, que se congregam, em múltiplas esferas na vida de relações contratuais, por forma a impor aos gestores das “esferas contíguas” limites internos que, na convivência ordenada e civil, descendem da socialidade<sup>122</sup>.

Exemplo eloqüente está no crescente fenômeno das “redes contratuais” e das conjugações de interesses rubricadas como “parcerias”, a multiplicação dos grupos societários (formais ou de fato), as associações estratégicas, etc., entre tantas outras que a prática apresenta.

A relevância dessa percepção também está enucleada no plano hermenêutico pois terão que ser consideradas as operações econômicas *múltiplas, complexas* e conexas, embora marcadas por uma *unidade finalista* que subjazem às redes, cadeias, conglomerados, grupos ou sistemas contratuais. Nestes casos, mais do que evidenciar a singularidade de um ajuste atípico, deve o jurista compreender que está frente a um contrato cuja função social só é compreensível, econômica e juridicamente, se for alcançada a idéia de “supracontratualidade”, que está nos cerne das redes ou sistemas contratuais, como afirma o argentino Ricardo Lorenzetti:

“Assim como há uma finalidade perseguida através de um contrato, e isto motivou uma categorização muito útil para o Direito, há uma finalidade supracontratual. Nesta, as finalidades

---

<sup>122</sup> ALPA, G.; FUSARO, A.; DASSIO, M.; SOMMA, A., TORIELLO, F. *Effetti del Contratto nei Confronti dei Terzi*, Milão: Giuffrè, 2000, p. 22.



econômico-sociais são distintas ou mais amplas das que existem nos contratos social ou legalmente típicos, de modo tal que estes últimos são usados instrumentalmente para alcançar àquelas”<sup>123</sup>.

Trata-se, como se vê, de outro exemplo em que o contrato não se contém em si mesmo, como um átomo, projetando-se, ao contrário, “para fora”, com a especificidade de esse “para fora” dizer respeito a outro (ou a outros) negócios integrantes de um mesmo “conjunto” compreensível pela conexão do fim econômico-social que interliga os particulares elementos. Também aqui o princípio da função social pode atuar como elemento ordenador, “lei de referência”, permitindo o desenvolvimento ordenado de uma dogmática do art. 421 do Código Civil.

### **3. Extensão da eficácia a terceiros não-determinados e a bens fundamentais da comunidade**

A mais prestante – e inovadora – eficácia do art. 421 diz respeito, no entanto, à *extensão da eficácia – positiva e negativa – a terceiros não-determinados e a bens de interesse comum*. Como exemplos que de imediato saltam à mente estão os contratos que, de alguma forma, envolvem o meio ambiente e a tutela da concorrência.

A Constituição Federal situa a defesa do meio-ambiente como um dos princípios cardiais da ordem econômica (Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, art. 170, inciso VI), consistindo a preservação do meio ambiente, na forma do art. 186, inciso II, da mesma Constituição, uma das condições de concretização da função social da propriedade rural. O art. 225 – que inaugura o Capítulo IV do Título VIII constitucional – assegura “a todos” o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; qualifica o meio ambiente entre os bens, como “bem de uso comum do povo”; atribui-lhe o caráter de *essen-*

---

<sup>123</sup> LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los Contractos*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. Tomo. I. p. 40.

*cialidade* à sadia qualidade de vida (princípio da essencialidade do meio-ambiente). Assim, em consonância a essa especial qualificação, a atividade contratual não apenas deve ser “não-lesiva”: deve ser *preventiva e promocional do meio-ambiente*. Como consequência, não apenas a responsabilidade contratual pela segurança e garantia do meio-ambiente deve ser estendida a toda a cadeia contratual (caso haja dano), quanto se impõe aos contratantes *deveres positivos proteção, tais quais os deveres de atenção, prevenção, resguardo e fiscalização*<sup>124</sup>, ainda que tais deveres não estejam pontualmente especificados na Constituição ou nas leis ambientais<sup>125</sup>.

Outro exemplo contundente está na *livre concorrência*. Que a atividade econômica, e em especial a concorrência seja substancial e concretamente “livre” é do interesse geral, concretizando o “bem comum” que a economia não seja cartelizada. Portanto, o art. 421 potencializa e permite *interpretação ampliativa* dos dispositivos legais referentes à promoção da livre concorrência, além de legitimar a imposição de deveres positivos de proteção ao interesse transindividual. Por exemplo, no contrato de fusão e incorporação, impõe o dever positivo de prever formas pela qual a empresa (mediante a fusão ou a incorporação) se resguarde de dominar mercado. Será preciso, pois promover, com base no princípio da função social, conexões inter-sistemáticas entre o Código Civil e a legislação da concorrência, bem como com as

---

<sup>124</sup> No plano infraconstitucional, há previsão de medida processual destinada à proteção das “garantias institucionais”, qual seja, a ação civil pública prevista na Lei n. 7.347/1985 (para permitir a intervenção do Ministério Público no plano jurisdicional, e a Lei n. 9.605/1998 (Lei Penal Ambiental), que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

<sup>125</sup> Da mesma forma entende Calixto Salomão Filho, anotando: “(...) contratos cuja execução implique risco evidente de dano ambiental, desde que esse seja comprovado, poderão ter sua eficácia contestada ainda que não exista qualquer lesão específica a dispositivo da lei ambiental. O mesmo se pode dizer de contratos entre empresas que afetem interesses de consumidores (aqui entendidos como totalidade dos consumidores, o mercado de consumo – ie, a concorrência ou algum outro interesse comum de todos os consumidores – pois só aí (...) haverá interesse institucional envolvido). (*Função Social do Contrato: primeiras anotações*, cit., vol. 823, São Paulo, 2004, p. 85).

normas legais e administrativas de regulação do mercado de valores mobiliários.

Nesse sentido o princípio da função social também poderá funcionar como espécie de “lei de referência” para sistematizar hipóteses hoje dispersas e desconjuntadas, atuando, também, na expansão, por via hermenêutica, das regras que visam coibir práticas monopolistas ou oligopolistas.

Como se vê, diz Reale,

“a atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluam, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento”<sup>126</sup>.

Aliás, no campo da *atividade negocial* (seja o campo dos contratos, seja o da empresa), correta está a doutrina que indica a “funcionalidade exógena” do princípio da função social, em contrapartida à “normatividade endógena” dos princípios da boa-fé e da autonomia privada<sup>127</sup>. Essa “normatividade exógena” encontra fundamento numa muito antiga tradição: a idéia de *justiça legal*, de Tomás de Aquino que, na *Summa Teológica*, assentou:

“à *justiça legal* pertence ordenar ao bem comum as coisas que são das pessoas particulares”(Suma Teológica, II-II, 61, a.2).

---

<sup>126</sup> REALE, Miguel, “Função Social do Contrato”, REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 268.

<sup>127</sup> Assim, FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa, “Princípios de Direito das Obrigações no novo Código Civil”, *O Novo Código Civil e a Constituição*. (org.) SARLET. Ingo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 107-115. Parece partilhar da mesma perspectiva FERREIRA DA SILVA, Luis Renato, “A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social”, *O Novo Código Civil e a Constituição*. (org.) SARLET. Ingo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 127-198.

Aqui está o verdadeiro salto qualitativo que encontro no art. 421: o entender-se que a liberdade de cada um se exerce de forma ordenada ao bem comum, expresso na função social do contrato, pressupondo *internamente conformado* o direito de liberdade (de contratar) em campos de especial relevância ao bem comum.

## Conclusão

Afastando-se, por imperativo de segurança jurídica, que o princípio da função social do contrato seja tomado como expressão em se pode descarregar “qualquer conteúdo” (o que o esvaziaria pelo excesso, dissolvendo-o nos *sentimentos solidaristas*) proponho, portanto, que se lhe dê conteúdo forte no âmbito transsubjeto. Considero, assim, a função social como o princípio que: (i) ordena (principalmente ao legislador ordinário) que se tenha em conta, na regulação das concretas situações subjetivas contratuais, não apenas a relação entre os sujeitos contratantes, mas também as relações transindividuais que possam ser afetadas ou pelo contrato ou pelo bem contratado, objeto daquelas relações. Evidentemente, esse “tomar em conta” opera em graus diversos, *em medidas de escalonamento das eficácias*<sup>128</sup> que conformarão,

---

<sup>128</sup> Para o que aqui concerne, perceber que a estrutura escalonada ou graduada da eficácia é, justamente, o mais importante critério: a ineficácia pode ser absoluta ou relativa, pode ser ineficaz apenas “para certa pessoa, ou tempo, ou lugar, ou no tocante a outro dado da realidade da vida”, sendo eficaz para outra ou outras pessoas. Essa é uma “descoberta dogmática” devida a WINDSCHEID que percebeu a existência do que denominou de “ineficácia simples” (*Diritto delle Pandette*. Tradução italiana de FADA, Carlo, e Bensa, Emilio. UTET, Turim, 1902, Volume Primo, Parte Prima, p. P. 326-327. Mais tarde, os juristas desenvolveram essa idéia distinguindo entre a ineficácia simples, ou pendente (“negócio incompleto”), a ineficácia parcial (que atinge apenas parte de negócio complexo) e a ineficácia relativa (ou inoponibilidade) quando o negócio jurídico, conquanto válido e eficaz entre as partes, não é oponível a terceiros (Assim, AZEVEDO, Antonio Junqueira de, *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*, 4.ª ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 53). Como explica PONTES DE MIRANDA, “os exemplos mais vulgares de ineficácia relativa são o do ato de disposição, se há, em proteção de alguma pessoa, proibição de alienar, ou, em geral, de dispor, e a do ato de disposição em fraude de execução. (...). O disponente continua com sujeito forçado

no caso, o modo do exercício dos direitos subjetivos, dos deveres jurídicos (de prestação, de conduta e de proteção, conforme o caso), dos ônus e das garantias; e (ii) atua como fonte ou fundamento de *deveres de proteção*, sempre que esses deveres não tenham fundamento nos princípios da boa-fé e da confiança por terem como escopo uma eficácia exterior à relação contratual, embora fundada no contrato como fato social.

Essa construção atinge, por óbvio, uma noção monadária e estratificada de “direito subjetivo” tal qual a enraizada na tradição de John Locke e hoje renovada pelo neoliberalismo imperante<sup>129</sup>. Porém, como observa Habermas,

Este individualismo possessivo ignora que reivindicações de direitos individuais só podem ser *derivadas* de normas *preexistentes*, e a bem da verdade, *reconhecidas de modo intersubjetivo por uma comunidade jurídica*<sup>130</sup>.

---

do direito de que ineficazmente dispôs só relativamente a alguma, ou algumas pessoas. (...) Dispôs, e não é por interesse próprio, nem por vontade própria, que continua como titular; o sistema jurídico força-o a esse meio caminho, a esse permanecer na titularidade” (*Tratado de Direito Privado*, Tomo IV, § 531, Rio de Janeiro, Borsó, 1955, p. 73.) A distinção “tem reflexos no direito material”, como reconhece culto precedente jurisprudencial, inclusive nos atos translativos da propriedade. Por sua vez, o próprio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reiteradamente acolhe a distinção, seja em proteção ao ato jurídico perfeito; seja para ultrapassar a não-observância de procedimentos e formalidades legais, como o direito de preferência do condômino, mesmo assim assegurando a eficácia da alienação. (Conferir em Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes n.º 586055600, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Décio Antônio Erpen, Julgado em 18/12/1987); STF, MS 22911 / PB – PARÁIBA. Rel p. Acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA j. em 05/03/1998, Tribunal Pleno, in DJ de 16-04-2004 pp.-00054. (EMENT VOL-02147-13 pp-02514) e STF, RE 104383 / SP, Rel. Min. RAFAEL MAYER, j. em 12/03/1985, PRIMEIRA TURMA. In DJ de 12-04-1985, p. 04940 (EMENT, VOL-01373-04 p.00861; RTJ VOL-00113-02 pg. 927). Também o RE 61923 / SP – Relator Min. ELOY DA ROCHA, j. em 11/03/1971, SEGUNDA TURMA, p. in DJ DATA-14-06-1971 (EMENT VOL-00839-01 pg. 00159).

<sup>129</sup> O alerta é de HABERMAS, Jürgen, “Sobre a Legitimação Baseada nos Direitos Humanos”, *A Constelação Pós-Nacional Ensaio Político*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 158.

<sup>130</sup> HABERMAS, Jürgen, “Sobre a Legitimação Baseada nos Direitos Humanos”, ..., cit., p. 158, grifos meus. Em outras palavras: conquanto os direitos subjetivos estejam

Se bem verdade que o exercício dos direitos subjetivos não se subordina ao “bem da comunidade” perspectivado ao modo totalitário (ou paternalista, ou voluntarista, que são outros modos de ser autoritário), também é verdade que esse exercício não seria possível fora da comunidade, que não apenas lhes dá formas (por exemplo: a de “direito subjetivo”) e os garante por meio de ordens de proteção. Assim, é a existência da comunidade o que os torna verdadeiramente *pensáveis*. A liberdade não se exerce no vazio, só é pensável na relação com a alteridade, no “intermundo” ao qual se referiu Merleau-Ponty. Vivemos sobre esse paradoxo, e essa é uma questão antiga. Nem por isto deve ser escamoteada, antes devendo ser refletida e repensada. Se é bem verdade que os conceitos jurídicos “são correlativos duma experiência historicamente situada que os segregou e é por eles ordenada”<sup>131</sup>, podemos crer que é justamente na re-configuração do direito subjetivo de contratar que a capacidade adaptativa do Direito Civil – direito da vida, da experiência concreta – testada há dois mil anos, vem sendo chamada novamente a atuar.

---

vinculados às pessoas, individualmente consideradas, o *status* do sujeito como pessoa portadora de direitos subjetivos só se constitui no contexto de uma comunidade jurídica que se assenta no recíproco reconhecimento por parte dos membros que livre ou voluntariamente associaram-se. Propõe, em suma, a superação do “modelo metafísico” que supõe a existência de indivíduos *desvinculados de qualquer processo de socialização* e portadores de “direitos inatos”.

<sup>131</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Cessão de Contrato*, cit., p. 9.



# NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: UM *APPROACH* DE SUAS RELAÇÕES JURÍDICAS

LUIZ EDSON FACHIN<sup>1</sup>

Doutor em Direito Civil,  
Professor Titular de Direito Civil

## Introdução

O presente texto se ocupa de reflexão crítica e construtiva que ao resgatar elementos históricos que se projetam na contemporaneidade, expõe idéias e dilemas que desafiam a compreensão do direito do consumidor<sup>2</sup>, denominação que acompanha o magistério de PINTO MONTEIRO.

Alicerçado nos marcos teóricos adiante explicitados, este se divide em partes estruturantes que, a seu turno, se subdividem em diversos itens que têm como objetivo desenvolver a temática eleita e propiciar,

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Civil, Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, membro do IAB, IAP, ABCan, ABDConst, ISFL, IBDFam, APLJ.

<sup>2</sup> O eminente catedrático de Coimbra, professor doutor António Pinto Monteiro, prefere, com afinamento pleno, nomear as relações com o consumidor para o horizonte do que investe como *direito do consumidor*, designação que registra como pacífica entre nós em acertada nota à página 41 da obra ímpar sobre *Contratos de Distribuição Comercial*.



ao final, uma síntese à guisa de conclusão. É um exercício que se propõe a contribuir com o debate sobre os limites e possibilidades do direito do consumidor na perspectiva da vida concreta dos sujeitos de direito no Brasil contemporâneo.

## Parte I – Da Proteção Legal aos Consumidores

A emergência da necessidade de proteção dos consumidores, porque hipossuficientes, não se insere na cena contemporânea, porque há muito se esboçou a proteção destas categorias menos favorecidas.

Entretanto, foi a partir das alterações no cenário econômico mundial, encadeadas pela Revolução Industrial, que se vislumbrou crescente desequilíbrio nas relações de consumo, acentuado, hodiernamente, pela grande concentração de capitais.

O *Code de Napoleão*, promulgado em 1807, descurou de proteção mais específica aos direitos dos consumidores, haja vista o panorama liberal que à época erigia-se com a inserção das grandes corporações e sociedades mercantis como principais agentes econômicos.

Ficava o direito do consumidor sem amparo no ordenamento jurídico, sujeito à disciplina contratual arquitetada nas codificações civil e comercial. Entretanto:

*a aceleração nos negócios, impulsionada pela evolução tecnológica nos campos da comunicação e da informática, modificou sensivelmente a vida na sociedade, que, a cada passo, sofre transformações de vulto, sempre sobre o domínio de novas e sofisticadas técnicas e da concentração de capitais e de empresas na produção e na distribuição de bens de consumo, que uma publicidade ampla e agressiva põe ao conhecimento de toda a coletividade, em cada centro consumidor.*<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> BITTAR, Carlos Alberto, *Direitos do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 10.

Em virtude destas alterações tornou-se premente o surgimento de legislações especiais que abarcassem esta realidade alheia aos corpos codificados. Dessa forma, foi inicialmente no plano penal que se instituiu a proteção ao consumidor.<sup>4</sup>

Seguiu-se, neste influxo, a paulatina conscientização da necessidade de uma legislação específica de defesa do consumidor. De tal modo que se esboçou a concepção de Código próprio para a matéria, já que as legislações esparsas, até então em órbita no universo jurídico, não alcançaram seu objetivo primordial de edificação de uma prática de defesa aos consumidores que concretizasse o discurso teórico que havia sido construído até o presente momento.

A promulgação do Código de Defesa do Consumidor remete a um capítulo histórico em que padece uma ruptura não apenas na seara privada, mas uma crise que abarca todo o sistema jurídico moderno, pois se demonstram situações fáticas as quais o Direito não consegue, com sua configuração codificada, envolver. Assim:

(...) a desigualdade (entre consumidores e os grandes detentores capitais) não encontra, nos sistemas jurídicos oriundos do liberalismo, resposta eficiente para a solução de problemas que decorrem de crises de relacionamento e de lesionamentos vários que sofrem os consumidores, pois os Códigos se estruturam com base em uma noção de paridade entre as partes, de cunho abstrato. Teceram-se sob o prisma patrimonial (...) e sob a égide de iniciativa privada como fator de propulsão da economia.<sup>5</sup>

São os estatutos especiais, ou os microssistemas<sup>6</sup>, que emergem como atestado da falência e do depauperamento da relação dos corpos codificados com a faticidade.

---

<sup>4</sup> Lei destinada a punir fraudes e falsificações de mercadorias, crimes contra organização do comércio e publicidade enganosa.

<sup>5</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Op. Cit., p. 3.

<sup>6</sup> A esse respeito Nelson Nery Júnior opta pela expressão "microssistema das relações de consumo" apesar de, segundo este mesmo autor, tratar-se de legislação codificada dada sua abrangência. In: EFING, Carlos Antônio, *Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, 1999. p. 19.

Estes microssistemas surgem, em um primeiro momento, por meio de leis extravagantes, haja vista as pressões e reivindicações sociais daqueles que não possuíam, no texto do Código, a proteção necessária. Ou seja, em geral, tais estatutos visam a proteger os socialmente excluídos, parte economicamente mais fraca, já que afastados do cenário arquitetado pelo capitalismo patrimonialista.

A promulgação de um número expressivo destas regras – das quais o Código de Defesa do Consumidor é representante – provocou um deslocamento no centro irradiador do sistema jurídico de direito privado, “*excluindo o monismo consagrado no código civil, em atendimento às emergências sociais*”<sup>7</sup>.

Neste influxo surge, através destas legislações especiais, o *movimento da descodificação* que recolocara a Carta Maior de 1988 como elemento unificador do ordenamento jurídico. Em consonância com lição do professor Gustavo Tepedino opera-se uma “*inversão hermenêutica*” na qual há “*a perda da centralidade do Código Civil no sistema de fontes normativas (...) e numerosas leis especiais passaram a regular setores relevantes do ordenamento...*”. Assim, conclui o professor, “*o movimento de descodificação, na experiência brasileira reservou à Constituição de 1988 o papel reunificador do sistema.*”<sup>8</sup>

Destarte, no Brasil, é a paisagem constitucional que fixa os fundamentos nos quais estabelecer-se-á a proteção do consumidor. De acordo com Carlos Antônio Efig “*a proteção do consumidor só adquiriu aspecto relevante com a promulgação da Carta Magna de 1988, assumindo neste momento, estado de garantia constitucional e princípio norteador da atividade econômica.*”<sup>9</sup> Sua consagração explícita encontra-se nos artigos 5, inc. XXXII; 24, inc. VIII; 170, inc. V e 48 das disposições transitórias.

---

<sup>7</sup> Nos ensina a professora Carmem Lúcia Silveira Ramos, *A Constitucionalização do Direito Privado e a Sociedade sem Fronteiras*, In: FACHIN, Luiz Edson, *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 7.

<sup>8</sup> TEPEDINO, Gustavo, *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. In: *Crise de Fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002*, p. XVII.

<sup>9</sup> EFIG, Carlos Antônio. Op. Cit., p. 23.

A Carta Maior de 1988 consagra as conquistas já obtidas por outros países no cenário do direito comparado<sup>10</sup>, e fornece elementos da atuação promocional da intervenção estatal.

Segundo o entendimento de James Marins:

a inclusão constitucional, conforme Reich, coaduna-se com a função do Estado de intervir em situações de desigualdade e desequilíbrio social que não poderiam ser satisfatoriamente acomodadas ou corrigidas com o uso de instrumentos meramente políticos ou econômicos.<sup>11</sup>

Deste modo, ao analisar a defesa ao consumidor como um princípio constitucional aclara Antônio Carlos Efiging, escorando-se na melhor doutrina:

Eros Roberto Grau sustenta que se trata de um princípio constitucional impositivo (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume função de diretriz (Dworkin) – norma-objetivo – dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas.<sup>12</sup> (destaque no original)

O reconhecimento destes preceitos constitucionais concretizados pelo Código de Defesa do Consumidor, em conjunto com a arquitetura do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, desvela um novo momento do direito do consumidor brasileiro com a passagem do discurso teórico para a efetividade prática das respectivas normas, tentando superar, desta maneira, o fosso abissal entre teoria e praxis.

---

<sup>10</sup> Foi nos Estados Unidos da América do Norte e depois na Europa Ocidental que surgiram as primeiras normas próprias de direito do consumidor.

<sup>11</sup> MARINS, James, *Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto*, São Paulo: RT, 1993. p. 26.

<sup>12</sup> EFING, Antônio Carlos. Op cit., p. 33.

## Delineando o Sujeito do Consumo

Atendendo a questões de cunho metodológico, faz-se necessário esclarecimento prévio, anterior à análise dos direitos básicos dos consumidores, à demarcação dos sujeitos a quem estes direitos se reportam. Ou seja, a delimitação da figura do consumidor.

É no seu artigo 2.º que o Código delimita a figura do consumidor:

Art. 2.º – Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto 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.

A terminologia adotada pelo legislador pode reportar a um conceito estritamente econômico de consumidor, situando-o como indivíduo que consome ou adquire bens na sociedade de consumo em que vivemos. Seu critério diferenciador tem por escopo a inserção, ou não, em dada relação de consumo.

Por esta via, refutam-se os conceitos sociológico – “*consumidor é qualquer indivíduo que frui e se utiliza bens ou serviços e pertence a determinada classe social*” – e psicológico para o qual “*consumidor é o indivíduo sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizarem os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo.*”<sup>13</sup>

O CDC traz consigo quatro conceitos de consumidor: o *standard* (art. 2.º) que o identifica como destinatário final; coletividade de pessoas (art. 2.º, par. único) que possibilita o emprego das denominadas *class actions*; as vítimas de acidente de consumo (art. 17) e aqueles expostos às práticas abusivas de qualquer natureza (art. 29).<sup>14</sup>

<sup>13</sup> FILOMENO, José Geraldo et al, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária, 1999. p. 26/27.

<sup>14</sup> EFING, Antônio Carlos. Op. Cit., p. 53.

No concernente a esta disciplina, identifica Cláudia Lima Marques<sup>15</sup> duas correntes quanto à definição do sujeito do consumo: a primeira, denominada *finalista*, segundo a qual a figura do consumidor encontra-se restrita àqueles de feição não-profissional, ou seja, que efetivam o consumo com o escopo teleológico próprio ou de seus familiares. A segunda vertente, maximalista, por sua vez, provoca uma abertura epistêmica da posição jurídica do consumidor, ampliando-a para decair sobre o maior número possível de situações jurídicas.

Antônio Carlos Efig, mais próximo da teoria maximalista, crê que “o CDC veio para introduzir nova linha de conduta entre os partícipes da relação jurídica de consumo”. Em conclusão afirma que são “as normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro.”<sup>16</sup>

Ao seu turno, Cláudia Lima Marques<sup>17</sup> advoga por uma interpretação finalista e, segundo a autora, essa ordem de idéias estaria em acordo com o espírito excepcional da tutela e o fim almejado pelo CDC. Através deste exercício hermenêutico, seriam consumidores aqueles que pertençam a um grupo mais vulnerável da sociedade.

Nesta toada, acrescenta José Geraldo Brito Filomeno: “o traço marcante da conceituação de consumidor está na perspectiva que se deve adotar, ou seja, no sentido de se o considerar como hipossuficiente ou vulnerável (...)”.<sup>18</sup>

Fábio Konder Comparato ensina que “consumidores são aqueles que não dispõem de controle sobre bens e produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares deste (...), isto é, os empresários.”<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: RT, 1992. p. 67/68.

<sup>16</sup> EFING, Antônio Carlos. Op. cit., p. 46.

<sup>17</sup> Ibid. p. 74.

<sup>18</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito, Op. cit., p. 29. A partir desta problemática edifica-se a discussão acerca da possibilidade de delimitação da pessoa jurídica como consumidora já que estas possuiriam possibilidade suficiente de defesa. Assim, o mesmo autor coloca que parece mais racional a recepção, pelo CDC, das pessoas jurídicas equiparáveis aos consumidores em relação de hipossuficiência.

<sup>19</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Apud: FILOMENO, José Geraldo Brito. Op. Cit., p. 29.

Frente a esta multiplicidade conceitual, erigem-se critérios para a observância de consumidores em determinadas relações jurídicas. A saber: os bens adquiridos devem ser de consumo e não de capital; que haja entre fornecedor e consumidor um descompasso que beneficie o primeiro; vulnerabilidade econômica e uso não profissional dos produtos e serviços.<sup>20</sup> Deste modo, provoca-se uma inversão hermenêutica porque o conceito de consumidor é obtido a partir dos baldrames fixados para as relações de consumo.

Por fim, de acordo com o parágrafo único deste artigo segundo, ressalta-se a possibilidade de uma *coletividade de consumidores* à luz dos interesses difusos (artigo 81, inc. I) os quais possuem titularidade indeterminada conectada pelas vicissitudes do fato. É uma espécie de sujeito plural de consumo.

Imprescindível é a análise do caso concreto para o estabelecimento das regras do Código de Defesa do Consumidor; entretanto, deve sempre fulgurar como aspecto teleológico a defesa contumaz da igualdade vincada na diferença, ou seja, do tratamento diferente aos desiguais.

Delimitado, assim, o elemento subjetivo passar-se-á para uma segunda parte desta reflexão que versa especificamente acerca dos direitos básicos dos consumidores.

## Parte II –Direitos Básicos dos Consumidores

Os direitos básicos fundamentais dos sujeitos da relação de consumo se arquetizam como resposta às demandas sociais de um Estado ainda imerso em uma perspectiva econômica liberal e, por conseqüência, jungido por regras jurídicas tradicionais.

Ao lado da autonomia da vontade e da liberdade negocial impõe-se um instrumental regulador em defesa dos consumidores porque é a parte mais fragilizada.

São diversas as normas dedicadas à proteção do consumidor, em conseqüência desta realidade multifacetada flexibilizam-se os limites

---

<sup>20</sup> Ibid., p. 29-32.

de sua aplicação de modo a torná-los nebulosos. Há, portanto, dificuldade em delimitar a seara à qual destinam-se estas regras. De acordo com José Geraldo Brito Filomeno, “*tudo hoje em dia é direito do consumidor.*”<sup>21</sup>

É no seu artigo sexto que o corpo normativo protetivo dos consumidores elenca seus direitos básicos. É uma enunciação que informa e se projeta ao longo de todo código, tanto no que diz respeito aos pressupostos materiais quanto aos processuais concatenados a partir do artigo 8°.

O rol de direitos apresentado remonta à Resolução de número 39/284, de 10.04.1985, da ONU na qual, em seu item 3, acena às normas de proteção aos consumidores:

3. As normas servirão para atingir as seguintes necessidades:
  - a) proteger o consumidor quanto a prejuízos à saúde e à segurança;
  - b) fomentar e proteger os interesses econômicos dos consumidores;
  - c) fornecer aos consumidores informações adequadas para capacitá-los a fazer escolhas acertadas de acordo com as necessidades e desejos individuais;
  - d) educar o consumidor;
  - e) criar a possibilidade de real ressarcimento do consumidor;
  - f) garantir a liberdade para formar grupos de consumidores e outros grupos ou organizações de relevância e oportunidades para que estas organizações possam apresentar seus enfoques nos processos decisórios a ela referentes.<sup>22</sup>

Posteriormente, foi aprovado pelo Conselho das Comunidades Européias o “Programa Preliminar da CEE para uma Política de Proteção aos Consumidores”. Neste documento, estabeleceram-se cinco grandes categorias fundamentais dos direitos dos consumidores, a citar:

- a) direito à proteção saúde e segurança;

<sup>21</sup> Ibid., p. 118.

<sup>22</sup> Constante da Resolução do Conselho de 14 de abril de 1975.



- b) direito à proteção dos interesses econômicos;
- c) direito à reparação de prejuízos;
- d) direito à informação e à educação;
- e) direito à representação (direito de ser ouvido).<sup>23</sup>

Sobre este agrupamento, manifesta-se Arruda Alvim:

Os cinco itens acima sistematizam, em nosso sentir, com precisão quais os direitos básicos dos consumidores. Pode-se dizer ainda que os nove incisos do artigo 6 do Código de Defesa do Consumidor representam a explicitação desses direitos e, em última análise, uma emanção abrangente dos princípios que elencamos como essenciais, e que representam o cerne principiológico do artigo 4 (do CDC).<sup>24</sup>

Neste diapasão, o CDC não “inovou” em matéria de direitos básicos dos consumidores, quiçá, a grande novidade trazida seja, no campo processual, a inversão do ônus da prova à parte hipossuficiente. Isto porque o Código reflete os princípios constitucionais, a exemplo da boa-fé e da dignidade da pessoa humana, que já possuíam espaço na cena jurídica. Segue o artigo 6.º do CDC:

### Capítulo III – Dos Direitos Básicos do Consumidor

Art. 6.º São direitos básicos do consumidor:

- I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
- II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
- III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características,

---

<sup>23</sup> ARRUDA ALVIM, et al., *Código do Consumidor Comentado*, São Paulo: RT, 1995. p. 60.

<sup>24</sup> Id.

composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam;

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX – (Vetado);

X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Além destes direitos acima elencados, alerta José Geraldo Brito Filomeno que se traceja, no cenário internacional, outro direito de proteção ao consumidor a ser somado a estes já existentes que é o direito ao chamado *consumo sustentável*.<sup>25</sup>

Segue este mesmo autor: “o próprio consumo de produtos e serviços, em grande parte, pode e deve ser considerado como atividade predatória dos recursos naturais.”<sup>26</sup>

Doravante, o consumo sustentável representa o diálogo e a tentativa de equilíbrio entre a sociedade de consumo e o meio ambiente, haja vista que as necessidades de consumo humanas são ilimitadas enquanto

<sup>25</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito, Op. cit., p. 120/121.

<sup>26</sup> Ibid., p. 20.

os recursos naturais disponíveis para sua satisfação são findáveis e, em muitos casos, não renováveis. É em busca deste balanceamento que se estruturou essa ordem de idéias pertinente à ponderação.

Importante ressaltar a voz da doutrina contrária que afirma ser de “*maneira pueril*”<sup>27</sup> a estrutura dos direitos básicos do consumidor, pois, vários elementos que conformam a política nacional das relações de consumo, elencadas no artigo 4 do mesmo Código, estão ausentes.

Passaremos, a seguir, à análise sistemática de cada um dos direitos básicos do consumidor:

## 2.1 – Proteção da Vida, Saúde e Segurança

Este dispositivo traduz-se em disposição que afirma o direito incontroverso que tem os consumidores de não serem expostos a situações de temeridade a sua integridade física por práticas condenáveis no fornecimento de produtos e serviços.

Destarte, destaca Arruda Alvim, que, neste caso, o conceito de direito à segurança mostra-se de maneira mais ampla que a proteção da vida e da integridade física, já que também abarca interesses de natureza patrimonial dos consumidores.<sup>28</sup>

É direito fundamental dos consumidores, e este dispositivo se irradia para o corpo codificado, elencando normas, *e.g.*, que exijam a devida informação, de maneira clara, dos riscos e perigos que determinado produto ou bem possa oferecer, como é o caso dos artigos 8.º ao 10 do CDC. Ou, além destas, normas que prevêm a retirada dos produtos, comunicação das autoridades e indenização dos consumidores em virtude de produtos nocivos a sua incolumidade física. É o caso, por exemplo, do artigo 10, 12 e 14.

Em realidade, o inciso primeiro retransmite a mensagem constitucional contida no artigo 5.º, quando eleva à categoria de direitos fundamentais o direito à vida, à saúde e à proteção destes.

---

<sup>27</sup> ZENUN, Augusto, *Comentários ao Código do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 18.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 61.

Neste diapasão, assinala Parra Lucán:

Los problemas de salud y seguridad son de los más importantes que plantea la protección del consumidor. En última instancia la protección de la salud y la seguridad de los consumidores es un corolario del propio derecho a la vida ( y a la integridad física) de la persona humana, reconocido en los textos internacionales y constitucionales de nuestro entorno.<sup>29</sup>

## 2.2 – Educação do Consumidor

O conceito de educação a que se refere esta norma projeta-se em uma concepção dual: a educação formal, ou seja, aquela executada concomitantemente ao desenvolvimento da caminhada escolar; e a educação informal feita pelos meios de comunicação através da publicidade e do *marketing*.

Este último viés tem como objetivo informar o consumidor sobre as características dos produtos e serviços já disponíveis no mercado – ou ainda, dos não disponíveis, bem como, dos órgãos de proteção e defesa do consumidor frente aos abusos dos fornecedores.

Nesta seara, é de notória percepção que as orientações caminham em direção ao campo educacional informal já que, especialmente em relação ao ensino público fundamental, não há o desenvolvimento suficiente das disciplinas curriculares quanto mais de disciplinas voltadas à formação de uma consciência cidadã, como seria esta em questão.

## 2.3 – Produtos e Serviços

Refere-se ao dever de informar o público consumidor de todas as características relevantes referentes aos produtos e serviços para que se possa adquiri-los ou contratá-los com plena ciência de suas implicações.

---

<sup>29</sup> PARRA LUCÁN, M. A, *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona: Bosch Editor, 1990. p. 27. Apud: ARRUDA ALVIM, et al., *Código do Consumidor Comentado*, São Paulo: RT, 1995. p. 61.

Consubstancia-se neste item o “princípio da veracidade”, através do qual o fornecedor deve sempre prestar esclarecimentos sobre o produto ou serviço oferecido, que exerce papel complementar ao denominado “dever de informar”.

Como já explicitado acima, esta pontuação é uma especificação dos conteúdos já abordados nos dois incisos anteriores. Augusto Zenun afirma que *“os itens do Código são repetitivos, cansativos, pelo que o item III é semelhante ao I e II”*.<sup>30</sup>

As substâncias referentes, sobretudo, à educação, informação e publicidade são fulcro de um número amplo de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, o que transparece a cautela e precisão com as quais deverá o assunto ser lidado.

#### **2.4 – Práticas Comerciais Condenáveis, Publicidade Abusiva e Enganosa**

No CDC o tratamento desta matéria desenrola-se do artigo 30 em diante que conecta a oferta como um dos aspectos mais relevantes do mercado de consumo, sendo, deste modo, vinculativa. Qualquer informação publicitária, desta maneira, está inscrita no contrato. Ou seja, conforme afirma José Geraldo Britto Filomeno:

Tudo o que se diga a respeito a um determinado produto ou serviço deverá corresponder exatamente à expectativa despertada no público consumidor, com as conseqüências elencadas no livro das práticas comerciais do CDC.<sup>31</sup>

De modo consoante, afirma Arruda Alvim:

As informações constantes da oferta publicitária, devem ser precisas sob todos os aspectos de interesse para o consumidor, vinculando o fornecedor que se obriga através destas informações

<sup>30</sup> ZENUN, Augusto. Op. cit., p. 19.

<sup>31</sup> Ibid., p. 125.

prestadas, com a proibição expressa de que tal oferta seja enganosa – ou seja, falsa, comissiva ou omissivamente – ou abusiva – que explore medo, superstição, que incite a violência etc...<sup>32</sup>

Este artefato transluz o princípio constitucional contratual da boa-fé pelo qual compreende-se que as relações de consumo devem pautar-se pela transparência que, neste caso, revela-se no direito à informação do consumidor perante publicidade enganosa e abusiva.

A publicidade, em virtude de sua grande relevância para a temática do direito do consumidor, ganhou para si um capítulo especial de regulação, pois é tratada como uma das possíveis espécies de oferta.

## 2.5 – Cláusulas Contratuais Abusivas

O item em voga consubstancia um feixe de proteção contratual dual dos consumidores.

A primeira modalidade de proteção deriva da aplicação do princípio da conservação das cláusulas contratuais, segundo o qual a norma garante o direito de modificação das cláusulas contratuais ou de sua revisão quando o contrato estabelecer prestação desproporcional frente ao consumidor. Assim, basta observar a desproporção entre prestação e contraprestação decorrente do próprio contrato, e, em outras palavras, *já existente*<sup>33</sup>.

Nesta toada, enseja a proteção contratual do consumidor, em especial, no tocante aos contratos de massa, ou seja, aqueles que se desenvolvem por adesão. Em virtude de sua extensa utilização cotidiana, estes contratos por adesão negam o espaço próprio da autonomia da vontade na seara contratual não havendo a possibilidade da discussão e individualização contratual.

---

<sup>32</sup> ARRUDA ALVIM, et al., *Código do Consumidor Comentado*, São Paulo: RT, 1995. p. 63.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 65.

Ainda, o novo código civil, neste mesmo influxo, prevê, em seu artigo 478, a resolução contratual por meio de sentença judicial<sup>34</sup>, em virtude da onerosidade excessiva. Este artigo só vem a corroborar mais ainda na defesa do consumidor.

A segunda modalidade protecionista aos consumidores coloca-se de maneira paralela à teoria da imprevisão, uma vez que é válido o princípio da *pacta sunt servanda* somente se combinado com a cláusula *rebus sic standibus*. Deste modo, persistem os acordos de vontade desde que estáveis as condições gerais nas quais o contrato foi recepcionado. Na lição de Arruda Alvim:

Assim, eventos supervenientes à avença contratual que tenham o condão de desequilibrar o que inicialmente havia sido aceitavelmente ajustado, trazendo onerosidade excessiva ao consumidor, autorizam a revisão do primitivo contrato, a fim de restabelecer a almejada igualdade na contratação.<sup>35</sup>

## 2.6 – Reparação de Danos Individuais ou de Titularidade Difusa

Neste ponto inicia-se a edificação da temática processual do direito do consumidor, pois trata-se da defesa dos interesses do consumidor mediante a postulação de ação indenizatória de natureza tanto particular quanto coletiva. Ressalta-se, neste inciso, a titularidade difusa ou coletiva deste direito, pois, consoante afirma Augusto Zenun, “às vezes – e muitas vezes – o conflito se dá entre massas...”<sup>36</sup>. Destarte:

Todo o sistema processual criado pelo Código de Defesa do Consumidor leva em seu bojo a finalidade de possibilitar uma

---

<sup>34</sup> “Estas alterações deverão ser feitas preferencialmente de modo suasório, pelo comum acordo entre os partícipes da relação de consumo objeto da relação contratual, todavia, em se mostrando necessária a provocação da função jurisdicional do Estado...” ARRUDA ALVIM, et al., *Código do Consumidor Comentado*, São Paulo: RT, 1995. p. 66.

<sup>35</sup> ARRUDA ALVIM, et al., Op. Cit., p. 66.

<sup>36</sup> ZENUN, Augusto, Op. Cit., p. 23.

efetiva atividade processual e conseqüente proteção judiciária às relações de consumo, de forma a tornar possível a concreta e efetiva realização de todos os direitos outorgados ao consumidor e a real reparação de danos sofridos pelo consumidor (...) <sup>37</sup>

É neste campo que a prevenção do dano, atitude que os próprios fornecedores possuem frente a determinados produtos e serviços para que estes não incorram em dano, ganha especial relevância. Destaca José Geraldo Britto Filomeno a importância do *recall* feito pelas empresas frente a produtos defeituosos.

Sobreleva ponderar que o poder público, por meio de seus órgãos de fiscalização, possui uma importante tarefa na área da prevenção e minimização de danos causados por bens ou serviços defeituosos.

Mais uma vez, José Geraldo Britto Filomeno assevera que *“se falham tais mecanismos, todavia, há ainda o instrumento processual, sobretudo no âmbito das cautelares, para que ainda, preventivamente, evite-se o eventus damni.”* <sup>38</sup>

Ao lado destas ações preventivas, colocam-se as ações repressivas que são marcadas pelas sanções penais e administrativas. Novamente, matiza José Geraldo Britto Filomeno:

No âmbito da reparação, o que o Código prontifica fazer é dotar o consumidor, sobretudo organizado, de instrumentos processuais dos mais modernos e eficazes, para que se dê a prevenção de danos, bem como sua reparação. E, nesse sentido, além de pleitos individuais merecem destaque as ações coletivas que, de modo geral, visam à tutela dos chamados “interesses difusos” dos consumidores. <sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> ARRUDA ALVIM, et al., Op. Cit., p. 68.

<sup>38</sup> Ibid., p. 127.

<sup>39</sup> Id.



## 2.7 – Acesso à Justiça

O aqui exposto apenas vem a corroborar com o anteriormente já exposto no tópico acima, assim, mais uma vez, o Código opera mais uma especificação com relação ao seu objeto.

Destarte, constitui direito básico do consumidor o acesso à tutela jurídica justa com todas as implicações derivadas desta. Assim sendo, aqui se entende como acesso amplo não apenas aos órgãos da estrutura judiciária do estado como também da organização administrativa de modo que se conceda ao consumidor a tutela efetiva de seu direito.

## 2.8 – Inversão do Ônus da Prova

O CDC admite a adoção da prática de inversão do ônus da prova sempre que o consumidor constituir-se como parte hipossuficiente ou sua afirmação for plausível. Trata-se da aplicação do princípio constitucional da isonomia já que a igualdade se perfaz vincada nas diferenciações. Assim, afirma Arruda Alvim que “*em virtude do princípio da vulnerabilidade do consumidor*” a inversão do ônus da prova é adotada para “*procurar equilibrar a posição das partes, atendendo aos critérios de verossimilhança do alegado pelo consumidor, ou sendo este hipossuficiente.*”<sup>40</sup>

Desta maneira, de acordo com a doutrina:

A inversão do ônus da prova a direito de facilitação da defesa e não pode ser determinada se não após o oferecimento e valoração da prova, se quando o julgador estiver em dúvida.<sup>41</sup>

A previsão processual do ônus da prova é requerida no artigo 333 do CPC que se impõe “ao autor quanto a fato constitutivo de seu direito” e ao réu “quanto à existência de fato extintivo, modificativo e constitutivo do direito do autor”. Todavia, no CDC este princípio é

<sup>40</sup> ARRUDA ALVIM, et al. Op. Cit., p. 69.

<sup>41</sup> MATOS, Cecília, Dissertação de mestrado, USP. p. 237.

regido de maneira dissonante de modo que poderá o juiz efetuar a inversão do *onus probandi* se constatar hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança em seu relato.

A introdução deste princípio no diploma legal apenas embasa o princípio constitucional da isonomia uma vez que as partes não se encontram em patamar de igualdade para a instrução probatória, daí porque a relevância desta inversão. Neste influxo, afixa Arruda Alvim:

Tanto a inversão do ônus da prova facultativa (a critério do juiz) quanto a inversão do ônus da prova obrigatória (...) não são inconstitucionais por resultarem da aplicação do princípio constitucional da isonomia que significa tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.<sup>42</sup>

## **2.9 – Os Consumidores e as Políticas que os afetam (*Vetado*)**

Aqui, embora por razões óbvias não nos ateremos a este segmento, parece relevante transcrever as motivações que provocaram o veto do aqui disposto:

O dispositivo contraria a democracia representativa ao assegurar, de forma ampla, o direito de participação na formulação de políticas que afetam diretamente o consumidor, o exercício de poder pelo povo faz-se por intermédio de representantes legitimamente eleitos, excetuadas as disposições previstas na própria CF.<sup>43</sup>

## **2.10 – Prestação Adequada dos Serviços Públicos**

Perante o CDC, o poder público também está consagrado como produtor de bens ou prestador de serviços. Nesta toada, deverá o poder público submeter-se às mesmas exigências que os fornecedores parti-

---

<sup>42</sup> ARRUDA ALVIM, et al., Op. Cit., p. 71.

<sup>43</sup> Ibid., p. 130.

culares, quando não mais rígidas, para a eficácia plana dos direitos básicos dos consumidores.

É o direito dos consumidores à eficiência dos serviços públicos, “*o que, todavia, não acontece*” assinala Augusto Zenun, pois, os serviços públicos “*são precários, nos quais não há adequação alguma e a eficácia fica tão-só por conta das tarifas abusivas*”.<sup>44</sup>

### Parte III – Fontes dos Direitos Básicos dos Consumidores

Finalizado o rol exegético dos direitos básicos do consumidor em espécie, importante referência, ainda que breve, faz-se às fontes destes direitos. Outra inovação preconizada por este corpo codificado encontra-se em seu artigo 7 que procura dar à matéria tratamento mais abrangente possível. Cumpre focalizar a regra legal:

Art. 7.º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Deste modo, por fontes do direito do consumidor não se subsumem àquelas já existentes no próprio Código, mas também, os tratados de direito internacional, o Código Civil, os princípios gerais de direito, a analogia, os costumes. Enfim, isto porque o rol erigido pelo CDC em matéria de direitos básicos dos consumidores não se impõe de maneira taxativa. De acordo com a doutrina, parece “*lógico que Código nenhum é auto-suficiente e esgota todas as matérias, pelo que o Código de*

---

<sup>44</sup> Ibid., p. 23.

*Defesa do Consumidor só se completa ou se aperfeiçoa com normas advindas de tratados ou convenções internacionais...”.<sup>45</sup>*

Cumpre ressaltar os ensinamentos da doutrina:

Ao se prever expressamente, neste artigo 7 – com norma de conteúdo quase que apenas didático – que os tratados e as convenções internacionais que o Brasil esteja subordinado ou que venha a ser signatário, em determinadas circunstâncias, poderão significar acréscimo ao elenco de determinadas circunstâncias poderão significar acréscimo ao elenco de direitos do consumidor, quer-se, precipuamente, possibilitar que o Código do Consumidor possa a vir supletivamente coadjuvado por normas de cunho supranacional (...).<sup>46</sup>

#### **Parte IV – O Novo Código Civil Brasileiro e suas Relações com os Direitos Básicos dos Consumidores**

Mirado o cenário protetivo dos direitos do consumidor é necessário, nesse derradeiro momento, refletirmos acerca da vinculação das relações privadas – tuteladas pelo Novo Código Civil – e a proteção dos direitos dos consumidores.

Consoante acima evidenciado, o sistema de amparo às relações de consumo surge em consonância com a axiologia e principiologia constitucional com o escopo de auferir concretude ao princípio da igualdade material.

Destarte, os direitos básicos fixados no Código de Defesa do Consumidor são normas materialmente constitucionais (em que pese não se situarem topograficamente no texto constitucional) fundamentais (já que baldrames da tutela jurídica dos hipossuficientes, neste caso, os consumidores).

Ingo Wolfgang Sarlet acentua esta nota da fundamentalidade ao assegurar que “não há como desconsiderar a especial relevância dos

---

<sup>45</sup> ZENUN, Augusto, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 22.

<sup>46</sup> ARRUDA ALVIM, et al., *Op. Cit.*, p. 73.

direitos fundamentais na ordem constitucional, decorrente justamente deste elemento qualificativo – a fundamentalidade – na sua dupla vertente formal e material<sup>47</sup>.

O giro<sup>48</sup> operado pela carta constitucional de 1988 irradia nova luz às cognominadas relações de direito privado já que estas também respondem, em maior ou menor grau, aos direitos fundamentalmente constitucionais.

Deste nó fundante abrolha a importância do presente diálogo. O Código Civil, em vigor desde o dia 10 de janeiro de 2003, não traz em suas raízes este viés constitucional – quiçá poderíamos dizer, inclusive, democrático – já que nidado durante o regime ditatorial brasileiro, anterior, inclusive, à discussão da própria constituinte.

Nesta toada, faz-se imperioso, face à cena legislativa hodierna, refletir acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. É justamente neste influxo que a melhor doutrina<sup>49</sup> fala em eficácia *horizontal* dos direitos fundamentais.

Konrad Hesse alerta que os direitos fundamentais, expressa ou implicitamente constitucionais, “exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e proteger, valores estes que, de outra parte, alcançam uma irradiação por todo ordenamento jurídico – público e privado”<sup>50</sup>.

Não obstante a ausência de previsão expressa do texto constitucional, Ingo Sarlet aponta que “todos os direitos fundamentais à exceção dos que vinculam exclusivamente o poder público – vinculam, de alguma forma, diretamente os particulares”<sup>51</sup>.

Conscientes da inexistência de uma resposta absoluta para esta problemática, destacam García-Torres e Jiménez-Blanco que “a eficácia

---

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 108.

<sup>48</sup> Ver o nosso *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 317.

<sup>49</sup> Neste diapasão ver: CANARIS, Claus W., *Grundrechte und Privatrecht*, New York: Walter de Gruyter, 1994.

<sup>50</sup> HESSE, Konrad. *Apud*: SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibid.* P. 119.

<sup>51</sup> *Ibid.* p. 147.

dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas significa bem mais do que um mero esclarecimento de sentido no âmbito de um projeto geral de sentido dos direitos fundamentais, representando, isto sim, algo como um novo horizonte hermenêutico, implicando uma leitura completamente nova do sentido das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais<sup>52</sup>.

É, portanto, sob este enfoque da *eficácia horizontal* dos direitos constitucionais fundamentais dos consumidores que este entrelace entre as relações tuteladas pelo novo código civil e as relações de consumo devem guiar-se.

### Nota Final

Tendo sido percorrido o caminho proposto, o trabalho aponta para o conjunto das conclusões que emergem do texto apresentado, no que tange aos novos delineamentos do direito do consumidor.

Para além do exposto, espera-se que o artigo tenha logrado êxito na tarefa de demonstrar o caminho entre o discurso teórico e a prática efetiva da proteção aos consumidores, exigindo um crescente aprofundamento crítico, permitindo, assim, desenvolvimento para além de uma obra.

Almejou, do ponto de vista do procedimento metodológico de exposição, seguir, como aprendiz, os passos do estudo comparativo<sup>53</sup> realizado pela investigação exemplar do Professor Doutor PINTO MONTEIRO, especialmente quando se registra os trabalhos hercúleos e profícuos na presidência da Comissão encarregada, em Portugal, do anteprojecto do Código do Consumidor.

Finalmente, se este trabalho contribuir para a percepção da problematização de alguns dos inúmeros aspectos que implica esse estudo, terá, então, cumprido seu papel.

---

<sup>52</sup> *Derechos Fundamentales e Relaciones entre particulares*, p. 140-142. Apud: SARLET, Ingo. *Ibid.* p. 160.

<sup>53</sup> Referimo-nos de modo especial ao trabalho sobre *Granties dans la vente de biens de consommation; la transposition de la directive 1999/44/CE dans le droit portugais*, BFD 79 (2003), p. 47-61.

**Referências Bibliográficas**

- ARRUDA ALVIM, *et al.* *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 1995.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.
- CAVALCANTI, FRANCISCO. *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.
- EFING, Antonio Carlos. *Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1999.
- FILOMENO, José Geraldo Brito *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária, 1999.
- MARINS, James. *Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto*. São Paulo: RT, 1993.
- MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1992.
- MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de Distribuição Comercial (Direito Comercial)*. Coimbra: Almedina, 2002.
- MONTEIRO, António Pinto. *Garanties dans la vente de biens de consommation; la transposition de la directive 1999/44/CE dans le droit portugais*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito 79 (2003), p. 47-761.
- NERI JUNIOR, Nelson. *Código Civil Anotado*. São Paulo: RT, 2003.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O Código de Defesa do Consumidor e a sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *A Constitucionalização do Direito Privado e a Sociedade sem Fronteiras*. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

---

TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. In: \_\_\_\_\_. *Crise de Fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002*.

ZENUN, Augusto. *Comentários ao Código de Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.





# LA “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD” COMO DAÑO INDEMNIZABLE

M.<sup>a</sup> LUISA ARCOS VIEIRA

Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad Pública de Navarra

**Sumario:** Introducción; I. – La “pérdida de oportunidad” y los daños patrimoniales; I. A. – El lucro cesante y la “pérdida de oportunidad”; I. B. – El requisito de la certeza del daño; II. – La “pérdida de oportunidad” y los daños morales; III. – La relación de causalidad.

## INTRODUCCIÓN

La “pérdida de oportunidad”, como daño indemnizable autónomo, constituye un expediente utilizado por la jurisprudencia española de los últimos años principalmente en el ámbito de la prestación – mediando o no un contrato al efecto – de determinados servicios profesionales, especialmente los de carácter jurídico y sanitario.

Es en estos sectores donde la reflexión acerca de la posibilidad de solicitar y conseguir una indemnización en virtud de aquel concepto está alcanzando su mayor repercusión práctica, aunque obviamente los argumentos empleados y las consecuencias resultantes son trasladables, con las lógicas matizaciones, a cualesquiera otras situaciones dañosas en las que se aprecie la concurrencia de los presupuestos necesarios. A la vista de las resoluciones judiciales de los últimos años, los casos en que se aprecia una alusión expresa a la pérdida de oportunidades se

centran habitualmente en las reclamaciones de daños motivadas por conductas negligentes de abogados o procuradores que impiden a su cliente la obtención de un pronunciamiento judicial sobre una pretensión o un recurso, así como en fallos apreciables en la prestación de servicios sanitarios que impiden tomar decisiones para las que existe un determinado plazo (típicamente, la decisión de interrumpir el embarazo cuando el hijo finalmente nacido presenta malformaciones o enfermedades – *wrongful birth* –), o que disminuyen las probabilidades del paciente de alcanzar la curación de su dolencia.

La expresión, acuñada sobre la base de la francesa “perte d’une chance”<sup>1</sup>, alude de manera genérica a la frustración de probabilidades de obtención de un beneficio en la esfera jurídica de quien resulta perjudicado por la acción u omisión de otro. Con este perfil, el concepto suscita ya algunas dudas respecto a la determinación de la vinculación causal entre el daño así concebido y la previa conducta del eventual responsable; a su entidad como partida individualizada del daño indemnizable; a su consideración como daño patrimonial o moral – y, dentro del primero, su instintiva proximidad al lucro cesante –; a la “certeza”, que la generalidad de la doctrina considera requisito de todo perjuicio cuya reparación pretenda reclamarse; así como, en su caso, a los criterios de valoración de un daño de estas características.

La figura, en consecuencia, plantea cuestiones indudablemente sugerentes, que apuntan hacia un amplio abanico de posibilidades de aplicación en lo que parece ser una progresiva extensión del ámbito de una figura nacida con unos límites acaso mejor definidos<sup>2</sup>. Tal y como

---

<sup>1</sup> En Francia, los primeros casos de aplicación de la teoría de la “pérdida de oportunidad” parecen situarse a finales del siglo XIX: CHABAS, F.: “La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile”, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1996, pp. 227 ss. La doctrina y la jurisprudencia italianas abordan la figura en la segunda mitad del siglo XX: DE FAZIO, G.: “Responsabilità del legale e perdita della chance di vincere el processo”, *Responsabilità civile e Previdenza*, septiembre – diciembre 1997, p. 1174.

<sup>2</sup> Esta situación ya ha sido puesta de manifiesto por parte de la doctrina en Francia e Italia. En Francia, CHARTIER ya apreciaba esa extensión hace más de veinte años: “elle constitue la première leçon de l’analyse de la jurisprudence. Il n’y a pas de limites de principe, pas de domaine réservé”: *La réparation du préjudice*, Paris,

ha sido esbozada en líneas anteriores, la noción de “pérdida de oportunidad” podría encontrarse también implicada, más allá de los ámbitos antes apuntados (servicios sanitarios y jurídicos), en supuestos de imposibilidad de realizar las necesarias pruebas de acceso a un puesto de trabajo, o de participar en una competición o en un concurso, o en casos de frustración, por conducta de terceros, de las negociaciones que se mantienen de cara a la eventual celebración de un negocio<sup>3</sup>. Cabría acaso añadir reclamaciones de daños por futuras carreras profesionales frustradas para una persona joven a consecuencia de un accidente, o por la imposibilidad de ser atendido económicamente en el futuro por la víctima directa del agente, o por las expectativas perdidas por quien iba a casarse con el fallecido a la vista del prometedor futuro profesional de éste<sup>4</sup>. O incluso puede pensarse en tomar en consideración la figura para calcular el desequilibrio resultante tras la ruptura de convivencias no matrimoniales<sup>5</sup>, las consecuencias dañosas de un despedido improcedente<sup>6</sup>, o los daños causados por defectuoso cumplimiento de un contrato de edificación<sup>7</sup>.

Los contornos de la “pérdida de oportunidad” aparecen así algo imprecisos en parte, posiblemente, debido tanto a la indefinición del concepto – que puede estar empleándose con significados no siempre

---

1983, p. 50. En Italia, ZENO-ZENCOVICH, V.: “Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura”, *Rivista di Diritto Commerciale*. 1986, II, pp. 213 ss., manifiesta una doble reserva respecto de la pérdida de oportunidad: la primera radica en que la transposición *sic et simpliciter* de términos propios de un sistema jurídico a otro distinto difícilmente permite atribuirles el mismo significado; y la segunda reserva se fundamenta en que el término *chance* ha acabado por asumir una multiplicidad de significados heterogéneos que hacen dudar del rigor léxico de la categoría.

<sup>3</sup> De los que informa también la doctrina francesa e italiana. V., entre otros, DELEBECQUE, P.; PANSIER, F. J.: *Droit des Obligations, Responsabilité civile. Délit et quasi – délit*, Paris, 2001, p. 50; VISINTINI, G.: *Trattato breve della responsabilità civile*, 3 ed., Padova, 2005, p. 648 ss.

<sup>4</sup> Ejemplos referidos por CHARTIER, Y.: *La réparation du préjudice*, cit., pp. 21 ss.

<sup>5</sup> SSTS 5 diciembre y 12 septiembre 2005.

<sup>6</sup> SSTS (Sala de lo Social) 22 abril 1998, 28 abril y 29 enero 1997, entre otras.

<sup>7</sup> STS 26 febrero 2004.

coincidentes – como a una tendencia al recurso excesivo a este expediente cuando los perjuicios no pueden ser acreditados con la suficiente certeza – lo que ocurre principalmente respecto de perjuicios de carácter económico –, o cuando resulta notoria la dificultad de vincular el daño que entiende haber sufrido el demandante, mediante una relación de causa – efecto, a la conducta del demandado – situación que puede corresponderse tanto con la reclamación de daños patrimoniales como no patrimoniales<sup>8</sup>.

## I. LA “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD” Y LOS DAÑOS PATRIMONIALES.

Supuesta su admisión como situación generadora de un deber de indemnizar, esto es, como “daño”<sup>9</sup>, la doctrina no parece alcanzar criterios definidos acerca del carácter patrimonial o no de la “pérdida de oportunidad”.

Desde la perspectiva de las reclamaciones motivadas por perjuicios patrimoniales, la figura es invocada en supuestos en que, ya sea debido al incumplimiento contractual o a la conducta de un tercero, el perjudicado se ve privado de la posibilidad de conseguir un beneficio patrimonial que ya no alcanzará. Suele discutirse la indemnizabilidad de estos supuestos sobre la base de que el daño carece de la necesaria certeza en cuanto a su existencia, o de que no queda suficientemente acreditado el nexo causal entre la situación desventajosa alegada por el reclamante y la acción u omisión del demandado.

---

<sup>8</sup> Entre la doctrina italiana, BUSNELLI entiende que la pérdida de oportunidad es una figura ambigua no sólo por la heterogeneidad de hipótesis a que puede referirse, sino también por los diversos aspectos (causa, daño, etc.) que amenaza con confundir indebidamente: *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, Torino, 2001, p. 290.

<sup>9</sup> El propio concepto de daño presenta una complejidad que excede del objetivo del presente trabajo. Explica Díez-PICAZO que el ofrecido por la doctrina “presenta unas características de generalidad que lo hacen escasamente aprehensible”: *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, p. 307.

Sin embargo, estas objeciones parecen responder a un distinto enfoque del daño en examen. Si la oportunidad de obtener un beneficio económico se considera, en sí misma, dotada de un valor patrimonial, su pérdida acarreará sin lugar a dudas un menoscabo igualmente económico en el patrimonio del perjudicado. Al respecto explica LACRUZ que “la eventualidad de una ganancia es un valor patrimonial y tiene en las apuestas y el cálculo de probabilidades una expresión matemática: al menos, la eventualidad vale lo que darían por ella en el mercado, en el caso de que no se hubiera perjudicado”<sup>10</sup>. En el mismo sentido, CHABAS recuerda que los créditos litigiosos pueden ser objeto de cesión: “E quali sono? Le chances di vincere un processo”<sup>11</sup>. Aunque es discutido que la pérdida de una oportunidad implique la destrucción de un bien (la oportunidad) de carácter patrimonial<sup>12</sup>, en cualquier caso parece que la admisión de tal planteamiento requeriría cuando menos que la ganancia o beneficio que podía alcanzarse con ella lo fueran igualmente.

Posiblemente la dificultad estribe más bien en identificar qué requisitos debería reunir lo que denominamos generalmente “oportunidad”, más allá de la implicación de bienes materiales, para alcanzar la categoría de valor de carácter patrimonial independiente del beneficio que pueden generar, y distinguirse así de otras situaciones más o menos afines (posibilidades, esperanzas) pero no indemnizables<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos...*, cit., II – 2.º, *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, ed. revisada por F. Rivero, Madrid, 1999, p. 480. Por su parte, VICENTE DOMINGO, E. considera que la naturaleza del daño consistente en una pérdida de oportunidad participa de la de la expectativa perdida, de forma que a su juicio será patrimonial cuando el beneficio vinculado a la oportunidad lo fuera igualmente: “El daño”, en *Tratado de responsabilidad civil*, coordinado por Reglero Campos, 2.ª ed., Cizur Menor, 2003, p. 247.

<sup>11</sup> CHABAS, F.: “La perdita di *chance* nel diritto francese della responsabilità civile”, cit., p. 230.

<sup>12</sup> ALMEIDA COSTA manifiesta ciertas reservas al incluir una referencia a la pérdida de oportunidad entre los daños patrimoniales: *Direito das obrigações*, 9.ª ed, Coimbra, 2003, p. 547.

<sup>13</sup> Algunos autores han intentado avanzar en la delimitación del supuesto. CHABAS entiende sustancial la presencia de un alea que no concurriría cuando el evento favorable depende de la voluntad de un tercero, o de la propia víctima. En tales casos, añade,

Con independencia de cuál sea su naturaleza, la cuantificación del daño en los casos de pérdida de oportunidad resulta uno de sus aspectos más complejos. La STS 29 mayo 2003 aborda esta cuestión en los siguientes términos:

“El caso que nos ocupa consiste en determinar si existe culpa en el Abogado por no entablar una demanda a tiempo (la acción prescribe o caduca), o por no interponer un recurso dentro del plazo establecido.

Sobre esta segunda hipótesis versan la mayor parte de los casos de la jurisprudencia. Y en ellos se plantea una primera y principal disyuntiva, que es la siguiente: cuando el órgano judicial enjuicia la posible responsabilidad del Abogado, ¿puede o no – o tiene o no – que realizar ese órgano judicial una «operación intelectual» consistente en determinar (con criterios de pura verosimilitud o probabilidad) cuál habría sido el desenlace del asunto si la demanda se hubiese interpuesto o el recurso se hubiese formulado a tiempo?

Si contestamos afirmativamente a esta pregunta, el juzgador podrá condenar al Abogado a satisfacer a su cliente una indemnización equivalente al interés que se hallaba en juego, o bien reducirla prudencialmente en función de la mayor o menor dosis de probabilidad de éxito (prosperabilidad que suelen decir los Tribunales) que el propio juzgador estime que habría tenido la demanda o el recurso intempestivos.

Si la respuesta es negativa, el Juez deberá establecer una indemnización en favor del cliente basada en una muy subjetiva apreciación de lo que para éste ha supuesto verse privado de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado o en un recurso no promovido. Una expresión del razonamiento conducente a la condena, en ese caso, podría ser el consistente en la llamada «pérdida de oportunidad».

---

no hay *chances* cuantificables objetivamente, ni probabilidades apreciables: “non vi è che il dubbio”: ob. cit., p. 232. CHARTIER alude a que la probabilidad sea “real y seria”: *La réparation du préjudice*, cit., p. 31; asimismo, entre la doctrina más reciente PRADEL, X.: *Le préjudice dans le droit de la responsabilité*, Paris, 2004, . 239. En la doctrina española comparten también la necesidad de que el evento favorable resulte aleatorio MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ: “Comentario a la STS de 7 de junio de 2002”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, octubre – diciembre 2002, pp. 1097 ss. BALDASSARI se hace eco de la exigencia de “concreción” en la oportunidad perdida como requisito para su resarcibilidad: *Il danno patrimoniale*, Padova, 2001, p. 178.

Otra posibilidad, en este segundo caso, es la de que el Juez señale en favor del cliente una indemnización (también de discrecional estimación) por el daño moral que al cliente le ha supuesto verse privado de acceso a la Justicia.”

El análisis de la “prosperabilidad” del recurso de casación no presentado fue reclamado por la recurrente en el caso de la STS 28 enero 2005<sup>14</sup>. El TS argumentó en esta ocasión que la jurisprudencia *permite tener en cuenta la doctrina de la posibilidad de éxito del recurso frustrado*, pero sin afirmar de dicho medio de cuantificación que sea el único y necesario. La STS 20 mayo 1996, uno de los exponentes de la jurisprudencia aludida, disponía que “ninguna contradicción existe en que al examinar la Sala, como único medio de aproximarse el alcance de los posibles daños y perjuicios, razone sobre la improsperabilidad de la alzada y sus expectativas, que se perdió por negligencia del Procurador, en términos que son plenamente aceptables y que, desde luego, no pretenden sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello, tarea imposible, y que, al mismo tiempo se valore como indemnizable el daño moral producido por la privación del derecho al recurso que tenía su favor la parte demandante, no obstante, aquel recurso en el caso de haberse ejercitado concluyera con la desestimación”.

La STS 26 enero 1999 ofrece también algún interés. El demandante había contratado al abogado demandado, quien aceptó interponer un recurso extraordinario de revisión contra sentencia dictada por el orden jurisdiccional laboral. Acreditada la negligencia del profesional al no interponer dicho recurso la Audiencia, explica el TS, “desestima la pretensión actora de indemnización derivada de ese incumplimiento contractual por considerar que «el daño no ha sido probado al basarse en una mera expectativa y no en un perjuicio cierto». Sirve de sustento a esta conclusión, conforme a los razonamientos del órgano «a quo» el resultado adverso a que se hubiera llegado, una vez estudiada la prosperabilidad del «nonato» recurso, no obstante reconozca que «no puede ahora entrar a revisar el contenido de la sentencia laboral firme

---

<sup>14</sup> Igualmente en el caso de la STS 12 diciembre 2003.



en los términos en que lo habría podido hacer el Tribunal Supremo, caso de que se hubiese sostenido el recurso, y ello porque resulta imposible situarse en la posición de aquél, tanto por falta de jurisdicción y respeto a la santidad de la cosa juzgada, como porque sería una revisión distorsionada por falta de alegaciones de las partes y de contradicción entre éstas»”.

A continuación el Tribunal Supremo contradice este criterio:

“Por contra, esta Sala de casación entiende que *la Sala de instancia confunde la falta de relevancia de un determinado índice de valoración del daño producido con la inexistencia de los daños mismos*. Es cierto que, en casos análogos al presente, de negligencia profesional se ha acudido, en ocasiones, al criterio de la prosperabilidad del asunto sometido (o que hubiera debido someterse) a decisión judicial, según las actuaciones dejadas de practicar o practicadas mal, como elemento, que pese a las reservas y controles, con que debe ser manejado, puede proporcionar una pauta de valoración de los eventuales daños. Mas *este índice o pauta orientativa no es exclusivo, ni por ello impide que se tengan en cuenta otros, en concurrencia, o aisladamente*. En el caso, la simple pérdida de la oportunidad procesal que todo recurso como extraordinario confiere, objetiva la producción del daño y la necesidad de su reparación, daño imputable a quien con su conducta negligente omitió la realización del encargo aceptado, sin que consten ni se hayan probado excusas justificadas sobre la no interposición del recurso, comunicadas a tiempo a la otra parte contratante”<sup>15</sup>.

En general, y acaso debido a la dificultad que plantea su cuantificación, la jurisprudencia española ha considerado que la “pérdida de oportunidad” constituye un daño de carácter extrapatrimonial – de valoración más libre –, también en casos en que la desaparición de la oportunidad priva al perjudicado de la posibilidad de acceder a un

---

<sup>15</sup> Finalmente, el TS valora la pérdida de una oportunidad procesal atendiendo a la cantidad total reclamada y a la discutible prosperabilidad del recurso no interpuesto, y concede una cantidad que equivale aproximadamente al 15% de lo solicitado en la demanda.

incremento patrimonial. En particular, tal criterio se aplica reiteradamente en los supuestos de negligencia profesional de abogados y procuradores. En uno de éstos la STS 29 mayo 2003, con base en numerosa jurisprudencia anterior, casa la sentencia de instancia afirmando lo siguiente:

“De la anterior jurisprudencia, y atendidos los matices diferenciales que en la misma figuran, forzosamente se ha de concluir que el Tribunal de instancia no la ha tenido en cuenta, cuando debía de hacerlo; y *ha basado la desestimación de las pretensiones de los actores en la imposibilidad, lo que es razonable, de estimar que el recurso hubiera prosperado con las consecuencias indemnizatorias descritas por los actores*, que son las que hubieran tenido que figurar en la resolución favorable del recurso. Pero hay que insistir en que por el contrario no ha tenido en cuenta la obligada consecuencia de la conducta negligente, que no se discute, de la Abogada de los actores, que ha *privado a éstos de la oportunidad del examen por el Tribunal Supremo del recurso que, precisamente la Abogada creía necesario y estimable. Ello tiene que comprenderse como un daño moral infligido a los demandantes...*”<sup>16</sup>.

En la STS 11 noviembre 2005, la falta de personación del procurador en tres de los cuatro recursos de apelación en que debía hacerlo – frente a sentencias recaídas en procesos de tercerías de mejor derecho – provoca una demanda de daños de las treinta y una persona implicadas en ellos. El Tribunal Supremo considera que “en el presente supuesto litigioso, que presenta unas muy atípicas o peculiares connotaciones, si bien (salvo el tema relativo a las costas de los repetidos recursos de apelación, del que nos ocuparemos al examinar algunos de los motivos siguientes) *no se ha probado la existencia de perjuicio material o económico alguno, ya que resulta totalmente imposible saber, sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de las conjeturas, cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que habrían recibido los tres frustrados (por la no perso-*

---

<sup>16</sup> En el mismo sentido, SSTS 28 enero, 6 julio y 11 de noviembre 2005. Suele también aludirse, en la línea de considerar el daño como moral, a la privación del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución (SSTS 28 enero y 14 diciembre 2005).

*nación del Procurador demandado) recursos de apelación anteriormente referidos, en cambio, sí aparece probado el perjuicio o daño moral que sufrieron los demandantes, aquí recurridos, al verse irremisiblemente privados, por la negligente conducta de dicho Procurador, «del derecho, según dice textualmente la sentencia aquí recurrida, que les asistía a que su demanda (suponemos se habrá querido decir “demandas”) fuera estudiada por el Tribunal de Apelación y, en su caso, por el Tribunal Supremo»<sup>17</sup>.*

Afirmaciones como la anterior no atañen, en contra de lo que pudiera pensarse, al problema de la prueba del daño material alegado. Cuando el Tribunal Supremo explica que no se ha probado daño alguno parece querer decir, no que se ha desarrollado una deficiente actividad probatoria, sino que *en ningún caso se hubiera podido probar aquél* porque, tratándose de pleitos que no tuvieron lugar, es “totalmente imposible” determinar un daño que no sea de carácter moral<sup>18</sup>.

## I. A. EL LUCRO CESANTE Y LA “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD”

Explica De Ángel a propósito del comentario del art. 1106 CC español<sup>19</sup> que el lucro cesante consiste, desde la perspectiva de la res-

---

<sup>17</sup> El cuarto de los recursos de apelación, único en que sí se personó el procurador demandado, fue estimado por la Audiencia Provincial.

<sup>18</sup> V. igualmente STS 11 noviembre 2005. Diferente es el caso de la STS 30 noviembre 2005. El abogado de una compañía de seguros había omitido alegar la existencia de una cláusula de limitación de responsabilidad civil existente en el contrato por el cual aquélla estaba siendo demandada. Acreditada la negligencia profesional, el TS afirma al respecto que “aunque no toda deficiencia en dicha tarea es determinante de responsabilidad, sí lo es cuando, como sucede en el caso, se incurre en la omisión de alegación de un dato objetivo, ostensible e indefectible, de especial trascendencia para el resultado del proceso, como es una cláusula de limitación de responsabilidad civil de una póliza de seguro. La mera falta de alegación determinó una condena cuantitativamente superior a la que se hubiera producido por la simple invocación”.

<sup>19</sup> Art. 1106 CC: “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

ponsabilidad contractual<sup>20</sup>, “en una operación intelectual basada, a la luz de las circunstancias de cada caso, en la razonable verosimilitud de que, de haber cumplido el deudor, el acreedor se habría beneficiado patrimonialmente en tal o cual medida”<sup>21</sup>. Lacruz lo define, por su parte, como “el incremento patrimonial neto que el dañado habría conseguido mediante el empleo de la prestación incumplida o negociando con ella (no, como se ha dicho, el valor actual de la prestación que no se recibe)”<sup>22</sup>.

En la medida en que a las reclamaciones basadas en la “pérdida de oportunidad” subyace la idea de frustración de una ganancia que se *podía* haber conseguido de haber disfrutado de la oportunidad correspondiente, puede explicarse que tienda a relacionarse de manera casi instintiva aquella figura con el concepto de *lucrum cessans*, entendido como ganancia perdida, más que con el de daño emergente. Este encuadramiento, sin embargo, podría ser revisado, como se comentará más adelante.

Entendidos como se ha indicado, los conceptos de “pérdida de oportunidad” y lucro cesante aparecen en algunas resoluciones judiciales indebidamente confundidos. Así en la STS 26 febrero 2004. El demandante reclama frente a una sociedad de arquitectos y dos aparejadores la indemnización de los “daños y perjuicios que se le habían ocasionado como consecuencia de que en la obra que como promotor y constructor había ejecutado en un solar de su propiedad, según proyecto redactado por «Alfiro» y bajo la dirección de los Aparejadores mencionados, fue preciso suprimir en el primer sótano una plaza de garaje y un trastero y en el segundo, otra plaza de garaje, al haberse comprobado que la realidad física evidenciaba que, de mantenerse las plazas y trasteros

---

<sup>20</sup> El art. 1106 CC se encuentra inserto entre las normas de responsabilidad contractual, pero resulta asimismo de indiscutida aplicación al ámbito de la responsabilidad extracontractual.

<sup>21</sup> DE ÁNGEL YÁGUEZ, R.: “Comentario al art. 1106 CC”, *Comentario del Código civil*, II, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 50.

<sup>22</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, vol. 1º, Parte general. Teoría general del contrato*, ed. revisada por F. Rivero, Madrid, 1999, p. 208.

proyectados, algunas de las primeras no podrían ser utilizadas y que las rampas de salida de los sótanos precisaban mayor holgura”.

Acreditadas las negligencias de los demandados, se afirma que “dichas deficiencias determinaron un perjuicio patrimonial para el actor que está debidamente cuantificado, a través de la valoración de los trabajos de reforma que fue preciso llevar a cabo y de *la pérdida de oportunidad de proceder a la venta de dos plazas de garaje y un trastero* que se le habían presentado en el proyecto como realizables, pero que se comprobó que no podrían ser utilizadas sin realizar numerosas maniobras y que, además, ocupaban un espacio que era imprescindible para el correcto diseño y la normal circulación de vehículos por las rampas de acceso y salida”.

Como apunté con anterioridad, es a mi juicio dudoso que el tipo de supuestos a que parece apuntar la sentencia en una primera lectura deba inscribirse en el ámbito de la pérdida de oportunidad. En general, la mera posibilidad – en abstracto – de negociar en el futuro con el objeto de la prestación contractual incumplida, o con el bien perjudicado por un tercero, entiendo no guarda relación con la figura en estudio. Para ello sería necesario acreditar la *frustración de una ocasión cierta* para proceder a una venta *a priori insegura* de los bienes (por ejemplo, participando en una subasta). De no existir aquélla (la ocasión cierta), la discusión se planteará en diferentes términos, esto es, en los habituales acerca de la existencia o no de un daño patrimonial. Si la venta aparece como un evento acreditado con la suficiente certeza, el perjuicio podría calificarse como un supuesto de daño emergente o lucro cesante en función de la preexistencia o no del crédito sobre el precio en el patrimonio del perjudicado<sup>23</sup>; si no se acredita daño cierto alguno, probablemente se desestimará la pretensión indemnizatoria.

En la sentencia que ahora se comenta, a pesar de la expresa referencia a la “pérdida de oportunidad”, se considera probado que, además de ciertos gastos, el demandante “*ha tenido que renunciar a ingresar 1.300.000 ptas. por cada una de las plazas de garaje que fue preciso suprimir y otras 500.000 ptas. por el trastero que corrió igual*

<sup>23</sup> Por todos, DE CUPIS, A.: *El daño*, Barcelona, 1975, p. 312 ss.

suerte”. Teniendo en cuenta que el edificio había sido ya vendido a precio de mercado, parece que lo que se valora es, no tanto la *frustración de una ocasión de venta*, sino la *pérdida de una venta* que se hubiera llevado a cabo de existir las plazas de garaje y el trastero y cuya certeza, al parecer, debió quedar acreditada suficientemente.

Ciertamente, existen supuestos en que la frontera entre la “pérdida de la oportunidad” y la “pérdida de la ganancia” – el lucro cesante – se presenta borrosa. Tal es el caso, a mi juicio, de la STS 21 octubre 1996: una empresa artística no puede llevar a cabo ciertas representaciones teatrales por el incumplimiento de la empresa demandada que, con base en una injustificada resolución unilateral del contrato, decide no poner a disposición de la reclamante en las fechas pactadas el teatro en el que aquellas representaciones debían realizarse.

A consecuencia de esta conducta contraria a Derecho la empresa artística no puede ofrecer al público un espectáculo que lógicamente *podría* reportarle ciertas ganancias, variables indudablemente – hasta un máximo cuantificable – en función del precio y el número de las entradas que se hubieran llegado a vender. ¿Debe ser esta situación dañosa encuadrable en la “pérdida de oportunidad”, o en el lucro cesante? Si la relación contractual incumplida se hubiera desarrollado con normalidad, la empresa hubiera podido ofrecer la celebración de tantos contratos como butacas del aforo por número de representaciones, pero la respuesta del público a esa oferta no se podrá conocer ya. La demandante pretendió la indemnización de unas ganancias no obtenidas presentando unas cuentas que no se consideraron admisibles. En su lugar, la Audiencia había condenado a la demandada a abonar en concepto de *lucro cesante* una indemnización que se fijaría en ejecución de sentencia “en una cantidad equivalente a la declarada en el impuesto de sociedades como beneficios obtenidos en la anterior representación en el mismo teatro”, lo que confirma finalmente el TS.

Lo que parece menos plausible, en cualquier caso, es el comentario vertido por el TS para justificar la concesión de un indemnización por daño moral añadida a la anterior: “en el supuesto de autos se produjo un evidente ataque al prestigio y reputación artística de la recurrente, y con ello a su acervo extrapatrimonial, toda vez que al no haber podido representar la obra programada y anunciada, aparte de la natural

desmoralización en el elenco artístico que formaba la compañía, *también se defraudaron en cierto sentido las esperanzas del público aficionado a esta clase de espectáculos, por privárseles de la posibilidad de asistir a la representación en las fechas que amparaba el contrato*<sup>24</sup>.

Al margen de todo lo anterior, la relación entre la “pérdida de oportunidad” y las partidas de daño emergente o lucro cesante podría ser objeto de ulteriores reflexiones. Precisamente en la medida en que se otorgue a la *chance* un valor económico, su pérdida dejaría de constituir una partida autónoma del daño patrimonial y podría responder sin especiales dificultades a la clasificación tradicional. De esta forma, si ese valor (la *chance*) existía en el patrimonio del afectado y se destruye, la pérdida constituiría un daño emergente<sup>25</sup>. Sería desde este planteamiento daño emergente la frustración de la oportunidad procesal de haber reclamado judicialmente el lucro cesante derivado de una situación dañosa anterior<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> No acaba de entenderse el significado de la inclusión de este comentario en una resolución en la que lo que se ventila es la indemnización a que tiene derecho el empresario que no pudo ofrecer al público la representación, depositaria al parecer de tantas expectativas.

<sup>25</sup> Así califica la pérdida de oportunidad parte de la doctrina y la jurisprudencia italianas: v. comentario de ZENO-ZENCOVICH, V.: “Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura”, cit., p. 215. Este autor, concretamente, entiende que la superación de una de las pruebas de examen por quien es luego ilegítimamente excluido del proceso, confiere una “cualidad” económicamente relevante y calculable, como mínimo, por el valor del tiempo empleado para preparar la prueba. V. asimismo PETRELLI, P.: “Causalità e perdita di chances”, en *Il fatti illeciti III, Causalità e danno*, a cura di G. Visintini, Padova, 1999, pp. 297 ss.; y DE CUPIS, A.: *El daño*, cit., p. 319.

<sup>26</sup> Es el caso resuelto por la STS 14 diciembre 2005. El demandante contrató los servicios profesionales de dos letrados para que procedieran a instar la reclamación judicial por los daños y perjuicios que le había ocasionado la destrucción e inutilización de una máquina retroexcavadora de su propiedad; reclamación que dejó fuera de planteamiento una petición concreta por la cantidad dejada de ingresar como consecuencia del daño sufrido. El TS aclara que “una cosa es que nadie puede prever con absoluta seguridad que aquella reclamación podía ser obtenida ante los Tribunales, y otra distinta que no se obtenga porque no fue planteada, al no haberla incluido en la demanda, teniendo en cuenta que se trataba de una pretensión asociada a unos criterios lógicos y razonables de actuación profesional”. De todas formas, el TS mantiene en

Si la oportunidad se considerara – en sí misma – una ganancia que pudiera haberse conseguido, se configurará, en su caso, como lucro cesante. Esto, se insiste, en el caso de que realmente se considerara la oportunidad como un valor de carácter patrimonial. En cuanto lucro cesante, la “pérdida de oportunidad” participaría de los inconvenientes generalmente reconocidos a este tipo de daños, particularmente la dificultad de acreditarlos con la suficiente certeza, sin incurrir en lo que se califica como “sueños de fortuna”, sobre todo cuando estos daños se presentan como daños futuros respecto del momento de su reclamación.

## **I. B. – EL REQUISITO DE LA CERTEZA DEL DAÑO.**

En el contexto de los perjuicios susceptibles de valoración económica, la necesidad de que los daños alegados por el perjudicado sean “ciertos”, esto es, que se trate de daños cuya existencia efectiva conste – mediante la actividad probatoria cuya carga incumbe en este aspecto al demandante –, ha sido reiteradamente mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como requisito para la declaración de responsabilidad, afirmando al respecto que “no bastan daños meramente posibles, sino reales y efectivos”<sup>27</sup>, que deben rechazarse los “meros

---

esta resolución la consideración de la pérdida de oportunidad como daño moral: “privó al actor de la oportunidad someter a la consideración judicial una determinada pretensión y de que si bien nadie puede prever con absoluta seguridad lo que hubiera ocurrido de haberla formulado o de plantear el correspondiente el recurso de apelación, con su conducta no sólo impidió a su cliente la posibilidad de conseguirlo, sino que vulneró su derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución Española, pues, indudablemente, el derecho de acceso a los recursos establecidos (como integrante de la tutela judicial efectiva) forma parte del patrimonio jurídico del actor. En este sentido, y sin necesidad de acudir a un juicio sobre la prosperabilidad de la pretensión omitida y del recurso que no se llegó a presentar, se fija en un millón y medio de pesetas la indemnización que deberá abonar al actor, en concepto de reparación por el daño moral infligido”.

<sup>27</sup> Por todas, SSTS 9 abril 1996; 15 octubre 1990; 13 abril 1988.



cálculos, hipótesis o suposiciones”<sup>28</sup> y, en suma, que debe acreditarse la “realidad” del daño cuya indemnización se reclama<sup>29</sup>.

El requisito de la certeza del daño, fácilmente aceptable en lo que respecta al daño emergente, se mantiene también vigente para los daños que se reconducen a la categoría del lucro cesante. Aun reconociendo una especial dificultad en la demostración suficiente de esta clase de perjuicios, el Tribunal Supremo insiste en exigir una cumplida prueba<sup>30</sup> de las ganancias frustradas que la víctima entiende imputables al demandado, materia en la que aplica un criterio restrictivo<sup>31</sup>.

En este sentido se ha pronunciado dicho Tribunal en el caso resuelto por la sentencia de 17 de julio de 2002. La entidad demandada, suministradora de oxígeno medicinal, había vulnerado una cláusula del contrato que le vinculaba al demandante, al competir con éste en un

---

<sup>28</sup> SSTS 15 octubre 1990 y 25 junio 1985 entre otras en similar sentido.

<sup>29</sup> SSTS 22 mayo 1995, y 17 marzo 1992.

<sup>30</sup> De prueba “rigurosa” del lucro cesante habla la STS 3ª de 10 febrero 1998, que añade que “se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo (...) que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes”.

<sup>31</sup> STS 8 julio 1996: “La jurisprudencia civil en esta cuestión se ha mostrado restrictiva, pues excluye el ámbito de ganancias las futuribles, que son simples expectativas pero no consolidadas por presentarse dudosas, al responder a supuestos carentes de realidad y de resultado inseguro por estar desprovistos de constatada certidumbre.

Las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en las que concurren verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva”.

Por su parte, la STS 2 marzo 2001 reproduce doctrina sentada por la jurisprudencia anterior en el sentido de que “«el lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado»; la dificultad que presenta el primero es que sólo caben (sic) incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. Por ello, esta Sala ha destacado la prudencia rigorista (...) o incluso el criterio restrictivo (...) para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, más que el rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización”.

concurso para el suministro a un centro sanitario, en el que la demandada resultó adjudicataria. El demandante incluye entre sus diversas pretensiones la indemnización de las ganancias perdidas:

“Se pretende obtener declaración de lucro cesante de un modo genérico y sin la debida precisión, basándose en la probabilidad de ello, pero sin concretar ni aportar bases fácticas para su posible determinación, como si se tratase de que el incumplimiento contractual produce por sí solo y de forma automática el derecho a reclamar lucro cesante (salvo supuestos muy especiales).

El sentido del artículo 1106 del Código Civil se refiere a las pérdidas que han de ser reales y a las ganancias frustradas o dejadas de percibir, que han de presentarse con cierta consistencia y no así las que estrictamente son dudosas, pues sin exigirse la rigurosidad de tener que tratarse de ganancias seguras, sí hay que considerar las ganancias que resulten verosímiles, apoyadas en algún principio de prueba y así lo exige la doctrina jurisprudencial, al proclamar la necesidad de demostrar que realmente se han dejado de obtener, por presentarse como ganancias muy probables (...).

Nada se probó respecto a la pretensión deducida, por lo que el motivo ha de ser inevitablemente rechazado”<sup>32</sup>.

Ciertas dificultades de prueba sobre la exacta *cuantía* del perjuicio pueden ser superadas, una vez alcanzada la certeza de la propia *existencia* del daño. Así ha ocurrido en el caso de pérdida de ingresos por suspensión de representaciones teatrales resuelto en la STS 21 octubre 1996, en la que se afirma que “resulta hecho probado la existencia de las pérdidas reclamadas, con lo que el problema se concreta a su cuantificación económica, que ha de ser objeto de apreciación ponderada, al moverse el juzgador en un campo hipotético y hace como más adecuado aplicar criterios de razonable probabilidad, de forma que el

---

<sup>32</sup> En la STS 13 julio 2005 se desestima la petición de lucro cesante por paralización del vehículo siniestrado basándose en que “no se ha probado nada sobre su posible cuantía, ni siquiera sobre las bases que sirvan para determinarlas en ejecución de Sentencia, no habiendo atisbo probatorio alguno, por otro lado, de que tales daños existieran...”.

juicio de valor obtenido sea lo más próximo a lo que podía resultar realidad cierta y comprobada, de acuerdo con el desarrollo normal que corresponden a los acontecimientos”<sup>33</sup>.

En un caso próximo al anterior, sin embargo, el Tribunal Supremo aplicó con todo rigor la necesidad de prueba del daño. La Sociedad General de Autores de España demanda a la Junta de Andalucía por las representaciones que ésta ha llevado a cabo de una obra, no ya sin la licencia de los autores, sino incluso en contra de su expresa prohibición. Se pide que se condene a la demandada a estar y pasar por esa declaración y a abonar una indemnización de 10 millones de pesetas (60.000 euros aprox.). El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y la Audiencia Provincial estima la excepción de falta de jurisdicción por lo que no entra en el fondo del asunto. El Tribunal Supremo revoca esta resolución y estima la demanda sólo en cuanto a la declaración pretendida, pero absuelve a la entidad demandada de la indemnización de daños. Al efecto explica que en estos casos la ley concede al demandante, para indemnización del lucro cesante, la posibilidad de optar “entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la obra”. La SGAE optó por la primera opción, pero el precepto legal no la exime de acreditar los beneficios que hubiera conseguido con la obra representada ilegalmente.

Tras recordar la doctrina jurisprudencial en la materia, el Tribunal Supremo añade que “en el presente caso, la actividad probatoria de la demandante en orden a acreditar cuál es el beneficio que presumiblemente hubieran obtenido los autores de no haber mediado la utilización ilícita ha sido nula, por lo que, al no existir datos objetivos que permitan presumir cuál hubiera sido ese beneficio y no pudiendo aceptarse que el mismo se fije arbitrariamente, sin ningún dato objetivo en que se apoye tal determinación, debe desestimarse la demanda en cuanto a esa pretensión indemnizatoria sin que quepa deferir al periodo de ejecución

---

<sup>33</sup> En relación con esta sentencia, sobre representaciones teatrales que no pueden llevarse a cabo porque la empresa demandada no puso el teatro a disposición de la demandante, ya se ha comentado que acaso podría considerarse el supuesto como de “pérdida de oportunidad”.

de sentencia la determinación del «quantum», al no existir elementos de juicio que permitan establecer las bases a que el mismo habría de adecuarse”.

En el mismo sentido, la STS 5 noviembre 1998 indica que “es inaceptable – como hace la sentencia de instancia – que ante la falta de fundamento de la realidad y cuantía del supuesto lucro cesante, lo exponga, lo reconozca y lo pretenda paliar aplicando la facultad moderadora del artículo 1103 del Código Civil que no se halla para corregir problemas de prueba, sino como graduación ante la culpa del causante del daño”<sup>34</sup>.

De la jurisprudencia brevemente reseñada se concluye con claridad la aplicación del requisito de la certeza del perjuicio tanto en el ámbito del daño emergente como en el del lucro cesante, en este último con algunas matizaciones derivadas de la dificultad evidente de acreditar no tanto la existencia como la cuantía exacta a que asciende la ganancia frustrada.

Sobre la base de la necesaria certeza de todo perjuicio, la “pérdida de oportunidad” tiende a ser calificada por parte de la doctrina como daño incierto, hipotético o eventual, focalizándose en esa característica la resistencia a su admisión como concepto indemnizable. Desde esta

---

<sup>34</sup> Telefónica de España, S.A. demandaba a dos personas que habían roto un cable coaxial al trabajar con una retroexcavadora, y a la empresa para la que se encontraban trabajando. Acreditada la responsabilidad de los demandados, el TS entiende sin embargo que no procede la indemnización del lucro concedida por la Audiencia, cuando al mismo tiempo ésta había afirmado que “la cantidad que se estima como lucro cesante, no puede estimarse adecuada por el Tribunal habida cuenta de que el dictamen se fundamenta, como el propio perito reconoce, en datos estadísticos y aun éstos se toman del conjunto de llamadas de meses que, como julio y agosto, tienen mayor incidencia que las correspondientes al mes de octubre, cuando se produjeron los daños, además de no haber descontado los gastos generales, respecto de esas llamadas que se aprecia no se realizaron, ya que éstos se mantienen con o sin servicio; por otra parte ha de tenerse en cuenta que no aparece el tiempo de la reparación, ni se evalúa el importe de las llamadas alternativas que, sucesivamente durante el tiempo de reparación, entraron en servicio, amén de aquellas otras que se reprodujeron, lógicamente, por ellas o una vez restablecido el servicio y que no se tienen en cuenta, lo que hace que el Tribunal haga uso de la facultad moderadora que le confiere el artículo 1103 del Código Civil”.

posición, se considera carente de la mínima certeza reclamar – a quien lo impidió definitivamente – la cuantía que pudiera haberse obtenido en el pleito que nunca se inició, o los salarios que podía estar disfrutando quien no pudo finalmente presentarse a las pruebas de acceso a un puesto de trabajo.

Contrariamente, sin embargo, en sí misma considerada la desaparición de una oportunidad de ganancia no tiene por qué identificarse como un perjuicio incierto, o cuando menos no en mayor medida en que esto ocurre asimismo con los daños calificados como emergentes o con los lucros frustrados que puedan recibir el mismo reproche. Entenderlo de otro modo implica confundir la situación dañosa propia de la “pérdida de oportunidad” con la más tradicional característica del lucro cesante, es decir, la pérdida de una ganancia. Efectivamente, la reclamación de la cuantía que hubiera podido resultar de un pleito no celebrado debe rechazarse por falta de certeza del daño, pero en ello no se ve aplicación alguna de la figura en estudio ni, en consecuencia, sirve de argumento para desacreditar el reconocimiento de la “pérdida de oportunidad” como daño indemnizable.

La pérdida de una *chance* que proporcionaba ciertas probabilidades de ganancia se muestra como totalmente cierta (se insiste, la pérdida de *la oportunidad*) si el caballo que va a competir debe abandonar la carrera minutos antes de su comienzo por una lesión incurable debida a la acción u omisión de un tercero – también si dicha lesión impidiera su participación en carreras en las que ésta resultaba ya razonablemente segura –; o si el recurso fue presentado fuera del plazo legalmente establecido para ello por negligencia del abogado. En casos como los apuntados no parece razonable discutir la realidad del perjuicio, siempre que el mismo se circunscriba exactamente a la frustración de una *chance*, y no a la de los efectos más beneficiosos que pudieran haberse seguido de aquélla.

A mi juicio plantea algunas dudas la exigencia de que para demostrar la certeza del daño se deba acreditar que las probabilidades de éxito superaban el 50%<sup>35</sup>. Esta teoría se ha justificado, como explica

---

<sup>35</sup> SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La responsabilidad civil del abogado*, Elcano, 2000, p. 231.

Princigalli – en comentario a una sentencia de la Corte di Casazione que acoge ese criterio de conformidad con cierta parte de la doctrina – argumentando que si fueran mayores las probabilidades de fracaso que las de éxito no habría razón para justificar la prevalencia de éstas sobre aquéllas, y entender producido el daño. Como dice ese mismo autor, la certeza de la pérdida de *chances* se demuestra probando que sea mayor que cero, lo que puede implicar un complejo proceso de valoración de las circunstancias<sup>36</sup>. En los últimos tiempos, la jurisprudencia italiana ha abandonado aquel criterio, siendo suficiente con demostrar que la conducta del demandado incrementó el riesgo de perjudicar al demandante<sup>37</sup>.

Por el contrario, entiendo que la “pérdida de oportunidad” puede calificarse como incierta, por lo que respecta ahora al primer ejemplo, si se invoca como daño la pérdida de la posibilidad de competir con el caballo lesionado en el futuro, contemplada en abstracto. Así planteada, la reclamación adolecería del mismo vicio que puede imputarse a algunas basadas en supuestos lucros futuros pretendidamente frustrados para el demandante, esto es, la de tener por objeto “meras suposiciones” carentes de la mínima certeza: efectivamente, podría dudarse de que las carreras en las que no se podrá competir llegaran efectivamente a celebrarse, de que el caballo hubiera participado en todas y cada una de ellas – o en las de qué nivel –, de la duración del periodo durante el cual el animal hubiera estado en condiciones de seguir compitiendo, etc.

Sin duda, las meras hipótesis sobre supuestas situaciones dañosas que nunca podrán comprobarse no deben admitirse como fundamento de una reclamación de daños. A estos efectos, es indiferente que la situación hipotética se describa como desaparición de un bien, pérdida de una ganancia, o pérdida de la oportunidad de alcanzarla. En cualquiera de los casos, la falta de certeza del daño justifica el rechazo de las

---

<sup>36</sup> PRINCIGALLI, A. M.: “Danno in materia civile. Perdita di “chance”. Risarcibilità. Onere probatorio. Nota a Cass. Sez. Lavoro 19 dicembre 1985, num. 6506”, *Foro italiano*, 1986, I, cols. 383 ss.

<sup>37</sup> BUSNELLI, F.; COMANDÉ, G.: “Causation under italian law”, *Unification of Tort Law: Causation, Principles of European Tort Law*, vol. 4, 2000, pp. 79 ss.

pretensiones de quien no puede ser considerado sino como *eventual* perjudicado, pero ese rechazo debe vincularse propiamente a la falta de realidad del daño, o de la prueba suficiente sobre la misma, y no a la naturaleza del perjuicio.

## II. LA “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD” Y LOS DAÑOS MORALES

Se abordan aquí algunas cuestiones relacionadas con la aplicación de la noción de “pérdida de oportunidad” cuando la situación beneficiosa ya inalcanzable afecta a los bienes de naturaleza extrapatrimonial (vida, salud, integridad física). Se trata por ello de reclamaciones planteadas básicamente en el contexto de los servicios sanitarios, cuando los fallos apreciables en los mismos restan opciones o probabilidades de las que hasta ese momento disponían los interesados.

Una sentencia clásica en la materia es la del TS de 10 octubre 1998. Un trabajador pierde su mano al desatascar una máquina en la empresa en que trabaja. La enfermera de la empresa le atiende y da instrucciones para conservar correctamente la mano en hielo natural de cara a un eventual reimplante. En espera de la ambulancia, un compañero del lesionado decide conservar el miembro de otra manera que pensó más idónea, pero con ello perdió las condiciones requeridas para el reimplante, que no tuvo éxito. Se consideró que la enfermera había sido negligente porque pudo observar que la mano se había cambiado de caja pero no comprobó el estado de la misma. “Así”, aclara el TS, “no podía estar razonablemente segura de que el miembro seguía conservado en hielo natural. Ahora bien, existiendo esa conducta negligente sin malicia desde el punto de vista profesional, *lo que a ella no puede imputársele es la responsabilidad por el fracaso del reimplante*, porque la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación, dependiente de una multitud de factores, pronóstico que agrava el perito si la máquina que amputó la mano estaba a alta temperatura. En suma, pues, a la demandada doña Nuria M. G. *no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante*”

*de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas*<sup>38</sup>.

Este caso sireve como muestra de un grupo bien definido, caracterizado por la disminución de las probabilidades (“expectativas”) de obtener una mejora en el estado de salud del enfermo por causa imputable al personal sanitario. El supuesto incorpora la definitiva frustración del beneficio antes probable, sin que parezca indemnizable la simple disminución de probabilidades cuando todavía no se ha confirmado si el resultado final (la curación, la supervivencia) se produce o no<sup>39</sup>.

Uno de los problemas básicos que se plantean en este tipo de casos, al que ya se ha hecho referencia, es el de la certeza del daño, esto es, la certeza de la pérdida de probabilidades que supuestamente ha sido provocada por el error o el retraso en la atención médica. No parece razonable que se considere indiferente que la pérdida provocada sea, por ejemplo, del 70% o del 10%, y este cálculo procedería tanto en el caso de que se frustren todas las probabilidades preexistentes, como en el de que simplemente se reduzcan empeorando el pronóstico del paciente. No puede ignorarse el alcance que esa disminución impu-

---

<sup>38</sup> La enfermera fue condenada al pago de una indemnización de 1,5 millones de pesetas (aprox. 9.000 euros).

<sup>39</sup> La simple merma de probabilidades no parece, como se indica en el texto, indemnizable en cuanto pérdida de una *chance*, aunque acaso el estado de angustia y preocupación unido a esa situación sí lo fuera. En la STS (Sala 3<sup>a</sup>) de 9 mayo 2005, la demandante quiso evitar un embarazo que implicaba para ella graves riesgos (entre ellos, ceguera), mediante una ligadura de trompas que no resultó efectiva, y que tuvo que repetirse tras el parto. La demandante vincula a éste secuelas físicas y síquicas, y todo ello a la falta de información suficiente acerca de la efectividad de la intervención inicial. El TS considera que “lo cierto es que ese embarazo no deseado y de cuyos riesgos no había sido informada la Sra. Angelina, generaron en ella un daño moral, de especial relevancia en sus condiciones en cuanto era sabedora de que de su estado podían derivarse daños para su visión, circunstancia de incertidumbre y temor que por sí sola configura dicho daño moral, con independencia de que luego se consumaran o no concretos daños para su visión, puesto que, como se ha dicho, no queda acreditado que el desprendimiento de retina ocurrido en 1.996, fuera consecuencia del tan citado embarazo”.



tada al demandado suele tener en cuanto referencia para el cálculo de la indemnización. Por tanto, una valoración de ese concreto extremo pudiera esperarse en las resoluciones en la materia, pero la respuesta judicial en este punto adolece de cierta vaguedad.

Así ocurre, por ejemplo, en la STS (Sala 3ª) 13 octubre 1998. En esta sentencia el padre del reclamante, con problemas cardiovasculares, había fallecido tras un tardío traslado desde el centro en el que es internado de urgencia a una unidad coronaria en la que debía haber sido ingresado ya inicialmente. El TS, tras aludir a cierta jurisprudencia sobre la relación causal, añade que:

“Aplicando la anterior doctrina a los hechos que consideramos probados se advierte que, aun cuando sin duda el fallecimiento de don José María S. B. debe ponerse en relación con sus antecedentes patológicos cardiovasculares, en la consideración racional del curso de los acontecimientos, que gira en torno a la prestación por la Administración de la asistencia sanitaria adecuada para evitar los efectos dañosos o la agravación de la crisis padecida, el factor verdaderamente relevante por su importancia, carácter determinante y especificidad de las consecuencias que trae normalmente consigo, es el retraso en el ingreso en un hospital o establecimiento sanitario dotado de unidad coronaria, pues diversos testimonios de médicos permiten sostener que debió estar ingresado desde el primer momento en un establecimiento dotado de tan importantes instalaciones para el tipo de enfermedad que padecía el fallecido; y que, de haberse producido el ingreso en las condiciones adecuadas, se hubiera realizado un mejor diagnóstico y tratamiento y se advierte la probabilidad de que el infarto que sufrió finalmente hubiera tenido otra evolución. Bastan estas afirmaciones para aceptar, dentro del carácter contingente del curso de la vida humana y de la incertidumbre que la evolución y consecuencias de la enfermedad llevan consigo, que la grave deficiencia en el internamiento de un enfermo de tan específicas características es suficiente para explicar por sí misma el fallecimiento en una ponderación racional de las circunstancias concurrentes, pues cabe considerar que un mejor diagnóstico y tratamiento, así como una más favorable evolución de la salud del paciente en relación con la crisis sufrida después de unos días de producido el ingreso hubieran podido salvar su vida”.

Se aprecia claramente el convencimiento del Tribunal de que la atención sanitaria recibida empeoró sus probabilidades de recuperación, pero no se cuantifica ni siquiera de manera aproximada la repercusión negativa de aquélla, además de considerarse que “la grave deficiencia en el internamiento (...) es suficiente para explicar por sí misma el fallecimiento”.

Más recientemente, la STS 27 mayo 2003 argumenta también con cierta imprecisión sobre las consecuencias de la omisión de una intervención quirúrgica a un paciente con antecedentes de aneurisma de aorta, que fallece. Al respecto manifiesta el TS que “no puede decirse que se da ausencia de nexo causal ante una actuación médica tan claramente omisiva como la del presente caso, sobre todo por la importancia que tenía la adopción de un rápido tratamiento, aun contando con escasas posibilidades de sobrevivir el enfermo, ya que si presentaba síntomas advertidos de aneurisma, y el anuncio de la posible rotura de la arteria imponía agotar todas las posibilidades de curación porque siempre está presente la esperanza de que la intervención pueda tener resultado efectivo y como dice la sentencia de 25 de septiembre de 1999 (...), no es necesario que el nexo causal concorra con matemática exactitud y sin que tenga suficiente relevancia la circunstancia de haberse producido el fallecimiento, en este caso de modo inmediato, ya que la relación causal existe desde el momento en que se emitió el diagnóstico equivocado y se omitió la ecografía que se hubiera aportado al diagnóstico correcto, por lo que la salud del enfermo empeoró y de modo tan progresivo y fulminante que le ocasionó la muerte. Esta clara negligencia profesional no facilitó una intervención operatoria lo más inmediata posible la que tal vez hubiera evitado las consecuencias del resultado fatal final o disminuido sus efectos (Sentencia de 15-10-1996 ...). El cúmulo de circunstancias que se dejan dichas no anula la responsabilidad médica en que incurrió la recurrente, como tampoco eliminan el nexo causal que resulta bien evidenciado, al repercutir de modo tan negativo en la salud del paciente, fallecido, ya que debido al elevado índice de muerte que ocasiona el aneurisma de aorta y contando con datos suficientes para poder adoptar las medidas científicas adecuadas

a efectos de tratamiento adecuado, por lo que la recurrente debió de extremar su diligencia...”<sup>40</sup>.

En general, las resoluciones en casos similares a éstos ponen de manifiesto que la valoración de las probabilidades perdidas no responde a criterios rigurosos. Da la impresión, por otra parte, de que una vez acreditada una relación entre la conducta o –muy frecuentemente– la omisión del demandado y la pérdida de expectativas en quien acaba sufriendo el mal que esperaba evitar, la indemnización establecida se corresponde con el perjuicio final<sup>41</sup>. En la sentencia anterior, reconociendo las escasas posibilidades que tenía el enfermo de sobrevivir, que la intervención omitida “*tal vez hubiera evitado las consecuencias del resultado fatal final o disminuido sus efectos*”, y que la misma presentaba un índice de mortalidad del 50%, la indemnización resultante es de 15 millones de pesetas (90.000 euros aprox.), cuando la demanda la había fijado en 20 millones. Sin duda, el carácter extrapatrimonial de buena parte de los daños implicados permite a los órganos judiciales actuar

---

<sup>40</sup> En esta sentencia se condena también a la Administración demandada por el retraso que implicaba la inclusión del paciente en una lista de espera. Sobre ello afirma el TS que “El problema de las listas de espera es un mal que acarrea nuestra sanidad y pone de manifiesto que su funcionamiento no es el que demanda la necesidad de procurar la salud de los enfermos, a los que se les hace difícil comprender que estando diagnosticados de un padecimiento grave y perfectamente establecido, y necesitado de operación, ésta no se lleve a cabo de inmediato, o en el menos tiempo posible, y máxime cuando la enfermedad no se comprobó hubiera presentado síntoma alguno de haber remitido, lo que hace necesario intensificar los esfuerzos hospitalarios para adoptar cuanto antes la solución de intervención y con carga suficiente de poder resultar positiva y eficaz. Relegar un enfermo de estas características a un práctico olvido por haberse pospuesto la operación que necesitaba e incluirle en el trámite burocrático de lista de espera, equivale prácticamente a un abandono muy grave y con carga de riesgo relevante de que el desenlace fatal pueda producirse en cualquier momento, como por desgracia sucedió. Esta responsabilidad del Servicio Andaluz de Salud encuentra apoyo legal en el artículo 1902, al tratarse de mal cumplimiento de la prestación médico – sanitaria que requería el enfermo de referencia y esta responsabilidad directa ha sido reconocida reiteradamente para casos similares al presente por jurisprudencia constante y reiterada...”.

<sup>41</sup> Al establecer esta conexión, el TS suele aludir a que “no es preciso que el nexo causal deba concurrir con matemática exactitud”: asimismo en STS 25 septiembre 1999.

con una considerable libertad en la fijación de las cuantías, a lo que hay que añadir la costumbre de no diferenciar las distintas partidas indemnizatorias, aspecto éste en la que las resoluciones adolecen habitualmente de una indeseable falta de transparencia. Pero el alcance de la indemnización concedida no parece responder en ningún caso a la valoración hecha por el propio Tribunal de las – escasas – probabilidades de supervivencia del paciente finalmente fallecido.

Un segundo grupo de supuestos que en el ámbito de la responsabilidad médica suelen adscribirse a la noción de “pérdida de oportunidad” está representado en la resolución siguiente. Con fecha 21 de diciembre de 2005, el Tribunal Supremo dictó sentencia en relación con la demanda planteada por un matrimonio contra el Servicio Vasco de Salud y ciertas entidades aseguradoras basada en los siguientes hechos:

“En el mes de mayo de 1992, D.<sup>a</sup> Ángela, de 40 años de edad, madre de tres hijos, acudió al Servicio de Genética del Santo Hospital Civil de Basurto, en la actualidad Hospital de Basurto, integrado en el Servicio Vasco de Salud «Osakidetza», remitida por el Hospital Virgen del Camino de Pamplona. El objetivo no era otro que la realización del diagnóstico prenatal, el detectar si el feto pudiera estar afectado del síndrome de Down (trisomía del par 21), para, si así fuera, interrumpir la gestación. El día 26 de mayo, en el día 12+6 de la gestación, y en dicho servicio hospitalario, le fue practicada el método de diagnóstico prenatal consistente en una biopsia Corial transabdominal bajo control ecográfico, cuyo resultado le fue comunicado primero telefónicamente (10 junio) y después mediante sendas cartas acompañadas de informes clínicos, de fechas 2 y 8 de julio. En la primera se le dice que «el examen de todas las mitosis permite afirmar que se trata de una dotación diploide, cuya fórmula cromosómica establecemos como: 46,XY de hombre citogenéticamente normal». En la segunda, se le participa el mismo resultado positivo, esperando que «el embarazo llegue a feliz término». El parto tuvo lugar el día 31 de octubre de 1992 y la Sra. Ángela dio a luz a un hijo varón, Javier, afectado por síndrome de Down”.

Los padres reclamaron en su propio nombre una indemnización de 50 millones de pesetas (300.000 euros) para cada uno de ellos

basándose en que no habían sido informados del hallazgo de una célula con un cromosoma de más para poder decidir si continuar o no con el embarazo. La demanda fue desestimada en primera instancia, e igualmente se desestimó por la Audiencia Provincial el recurso de apelación posterior. En ambas instancias se considera que no existió una conducta negligente, contraria a la *lex artis*. Como recuerda el TS, la Audiencia entendió que “fue cumplido el deber de informar desde la idea de que «no está comprendido dentro del derecho de información del paciente todos y cada uno de los extremos que pueden ser apreciados en una prueba médica, biológica o análoga... y la existencia de un dato perturbador que había sido desechado técnicamente por carecer de importancia no queda comprendido dentro del derecho de información invocado»”.

El Tribunal Supremo entiende contrariamente que “no cabe duda de que, tratándose de una prueba diagnóstica prenatal, la información referente a que el feto estuviera afectado del Síndrome de Down, era el objeto propio y específico de la misma y que al omitir esta información a los actores, se les privó de la posibilidad de ponderar la conveniencia de interrumpir el embarazo dentro de unos parámetros normales puesto que si hubieran sabido con el suficiente tiempo el resultado informado o explicado de las pruebas hubieran podido actuar en consecuencia al encontrarse en tiempo de abortar y dentro del amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional (STS 6 de junio de 1997). Esta circunstancia no puede ser irrelevante desde el punto de vista de la autonomía del individuo, a quien se le ha privado de la facultad de decidir de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas actuaciones que pudiera considerar adecuada ante situación tan delicada y comprometida, como la acontecida”.

Continúa aclarando que “con estos antecedentes, es lógico establecer una relación de causalidad directa y negligente entre la actuación profesional del Centro Médico en el que se realizaron las pruebas y el derecho de la mujer a ser informada de una forma suficientemente clara y completa sobre el resultado del diagnóstico para que, en función de esa información, poder tomar la decisión que, según su propia y libre convicción, se ajustaba más efectivamente a su proyecto vida, como es *la opción de interrumpir el embarazo ... relación que se crea con independencia de que la madre alegue su intención de abortar en*

*lo que constituye un debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones, que no hacen más que añadir una cierta complejidad probatoria a estos supuestos de causalidad en la responsabilidad médico sanitaria, en los que debería ser suficiente un simple juicio de probabilidad en razón a la mayor o menor situación de riesgo derivada de la edad de la madre y de la posibilidad legal y física de interrumpir su embarazo en función del diagnóstico prenatal, al tratarse de una opción que no es posible obtener con absoluta seguridad de haber dispuesto de toda la información que fue omitida, puesto que depende sólo de la voluntad de la mujer y responde a criterios de los más variados”.*

Valorando conjuntamente el daño consistente en el hecho de “haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser”, más los daños morales consistentes en el sufrimiento por el nacimiento de un hijo discapacitado y los patrimoniales relacionados con ello<sup>42</sup>, el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia y condena a los demandados a abonar una indemnización de 20 millones de pesetas (120.000 euros) a cada uno de los demandantes.

El mismo Tribunal falló en sentido contrario en un supuesto claramente paralelo (también nacimiento de hijo con síndrome de Down) que resolvió por sentencia de 7 junio 2002. Entonces la negligencia se situó en la falta de información médica sobre la existencia de pruebas que permitían conocer el estado del feto. El TS casa la sentencia de

---

<sup>42</sup> “... consecuencia de la existencia de un perjuicio efectivo y perfectamente evaluable que puede resultar del coste de las pruebas diagnósticas, de un innecesario embarazo y parto y de la adaptación de los padres a la nueva situación, social, familiar, económica y de atención especial surgida de un hecho imprevisto y extraordinario para ellos, como es el nacimiento de un hijo afectado por Síndrome de Down. Fuera de esta cobertura quedan los demás que no tengan relación con la minusvalía puesto que no estamos en un supuesto de daños causados a los progenitores por la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá del que comporta ese plus que resulta de la discapacidad” (FD 7.º).

instancia y absuelve a los demandados al entender que "aun detectadas a través de las pruebas pertinentes las malformaciones que presentaba el feto, el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas, no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética actuales, por lo que la presencia del síndrome de Down en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante. El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el code mandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas, pues como declara probado la sentencia de primera instancia, sin que ello se contradiga por la de apelación «la señora R. en ningún momento quiso abortar»; no existe prueba alguna en autos de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto, hubiera decidido interrumpir su embarazo. No puede afirmarse, por tanto, que exista una relación directa entre la falta de información por el médico y el que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante el aborto. El hecho de que aquélla manifestase al médico su preocupación, dadas sus condiciones personales, no supone que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo. Al no existir, por tanto, una relación de causa a efecto entre la conducta atribuida al médico demandado y el daño producido, procede la estimación del motivo".

Las acciones conocidas con la expresión "wrongful birth" responden a demandas motivadas por el nacimiento de hijos con malformaciones, cuando por alguna negligencia estas anomalías no han sido descubiertas o informadas a tiempo de que la madre pudiera optar por interrumpir el embarazo, cuando ésta es una opción legalmente admisible. La ya abundante bibliografía en la materia, motivada en parte por algún asunto internacionalmente conocido<sup>43</sup>, excusa la reiteración de

---

<sup>43</sup> Me refiero al resuelto por sentencia de la *Cour de Cassation* de 17 de noviembre de 2000, conocido como "caso Perruche".

los aspectos que caracterizan estas situaciones<sup>44</sup>. Interesa aquí poner de manifiesto que, a pesar de la tendencia a considerar por parte de la doctrina estos supuestos como manifestaciones de la doctrina de la “pérdida de oportunidad”, la presencia de una inevitable decisión de la “víctima” (madre) al respecto introduce un factor que para algunos resulta definitivo en orden al rechazo de esa adscripción. Desde este planteamiento, no puede hablarse de *chance* en la medida en que el resultado de la misma hubiera dependido en cualquier caso de la reclamante que, informada a tiempo, acaso hubiera continuado con el embarazo que precisamente motiva su pretensión. La certeza alcanzada por el órgano judicial de que así hubiera sido explica la desestimación de la demanda en la sentencia últimamente citada de 7 junio 2002.

Considero preferible evitar en este tipo de supuestos el recurso a la doctrina de la “pérdida de oportunidad”, en parte por el mismo tipo de razones que desaconseja identificar el daño con el hijo nacido<sup>45</sup>. Pero además de lo anterior, no se ve qué ventaja añade tal doctrina frente a otras argumentaciones (lesión de la facultad de autodeterminación, que es manifestación del principio de la dignidad personal y el derecho al libre desarrollo de la personalidad proclamado en el art. 10 de la Constitución<sup>46</sup>) que igualmente permiten acceder a la indemni-

---

<sup>44</sup> Por citar sólo una muestra de las aportaciones recientes en la materia, MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales*, Valencia, 2005; MARTÍN CASALS, M.; SOLÉ FELIÚ, J.: “Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar. Comentario a la STS 1<sup>a</sup>, 18.12.2003”, Indret (www.indret.com), abril 2004; VIVAS TESÓN, I.: “La responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial”, *Revista de Derecho Patrimonial*, n<sup>o</sup> 11, 2003, pp. 403 ss.; FAVRE-MAGNAN, M.: “Avortement et responsabilité médicale”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, abril – junio 2001, pp. 285 ss.; GUARNERI, A.: “Nascita di figlio malformato, errore diagnostico del medico e regola di responsabilità civile”, *Rivista di Diritto Civile*, 2002, pp. 949 ss.

<sup>45</sup> Como argumento a favor de la desestimación de la pretensión indemnizatoria, el Tribunal Supremo apuntó ese criterio en la sentencia de 4 febrero 1999: “la doctrina predominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño “per se”, y los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento”.

<sup>46</sup> SAN, Sala de lo Contencioso – Administrativo 6 junio 2001: “entiende la Sala que el daño resarcible está en que al no recibir el resultado del «triple screening», se



zación de los daños morales y patrimoniales que suelen considerarse admisibles en estos casos, y presentan la ventaja de hacer innecesaria la indagación, muchas veces imposible, de la que hubiera sido la voluntad de la madre en caso de poder interrumpir el embarazo.

### III. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

El requisito de la certeza del daño hace referencia, como se ha visto ya, a la realidad del perjuicio. Distinta, aunque coincidente con ella en su calidad de requisito para la concesión de la indemnización solicitada, es la necesidad de que deba también resultar suficientemente acreditada la relación causal entre el daño cuya existencia acaso se haya demostrado y una acción u omisión del demandado. De nuevo tal exigencia es igualmente requerida tanto para el daño emergente y el lucro cesante<sup>47</sup>, como para los daños morales, y debe serlo asimismo para la “pérdida de oportunidad”.

---

la privó de una información trascendente para optar, aspecto también apuntado por la actora. Así lo cierto y real es que por la ausencia de esa información no pudo optar por repetir la prueba cuando estuviese en rango ni tampoco, llegado el caso, por una prueba diagnóstica invasiva como es la amniocentésis y, en último término, se le privó de optar por la posibilidad, no delictiva en España, del aborto eugenésico. Esto implica que lo lesionado fue una manifestación de la facultad de autodeterminación de la persona, ligada al principio de dignidad (artículo 10.1 de la Constitución), como es la información para ejercer sus libres determinaciones (cfr. artículo 10.1.5 y 6 Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril”).

<sup>47</sup> Respecto del segundo, STS 2 marzo 2001: “se ha de probar el nexo causal entre el acto implícito y el beneficio dejado de percibir – lucro cesante – y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión”. La STS 8 julio 1996 fundamenta el rechazo de la pretensión del lucro cesante no ya en la falta de prueba del mismo (consistente en la disminución de las ventas, que queda acreditada), sino en la falta de prueba del nexo causal, esto es, de que la reducción en las ventas del negocio de informática de la demandante se debieran precisamente a las reiteradas inundaciones sufridas en el local. Afirma en este caso el Tribunal Supremo que “la posible reducción de las ventas no cabe imputarla como efecto directo y derivado necesariamente de los daños que afectaron al local por el derrame de agua de las tuberías que lo atravesaban; con lo cual resulta que no

Como tuve ya ocasión de hacer en otro lugar<sup>48</sup>, comparto la opinión de quienes entienden que es precisamente en sede de causalidad donde debe ubicarse con preferencia la reflexión sobre la “pérdida de oportunidad”. Princigalli aclara a este respecto que con esa expresión no se alude a un daño distinto del que califica como daño “final”, sino que sólo se describe una “secuencia causal”: se sabe que existía la oportunidad y que frustrada ésta se impide con seguridad el beneficio final, pero se ignora si en otro caso el resultado hubiera sido el mismo<sup>49</sup>.

Efectivamente, no puede por tanto asegurarse que las cosas hubieran discurrido de otra manera: no puede incluirse con certeza la conducta que frustró la oportunidad entre las *condiciones sine qua non* de la pérdida del resultado final y favorable no alcanzado porque, eliminando mentalmente ese eslabón de la cadena de acontecimientos, acaso se hubieran materializado igualmente las probabilidades desfavorables para la víctima (lo que a veces, dadas las circunstancias, se aprecia incluso como lo más probable: piénsese en una persona que concurriera con otras dos mil al examen para el acceso a un puesto de trabajo, o un paciente que recibió el tratamiento contra el cáncer que motivó su fallecimiento con sólo tres días de retraso).

Con ese procedimiento, la cadena causal puede establecerse con certeza, en su caso, sólo hasta el punto de la ocasión perdida y la desaparición de las probabilidades en ese momento existentes. Más allá, el método de la *condicio sine qua non* se revela inútil porque, de hecho, este método sólo sirve para confirmar una relación causal cuya existencia ya se conoce de antemano, pero no resuelve ninguna duda en este sentido: si no se conoce la relevancia causal de un determinado

---

aparece acreditada relación de causalidad alguna entre los daños por las inundaciones – que fueron reparados con celeridad – y las ganancias no obtenidas a consecuencia de la reducción de las ventas, que hay que relacionar con otras causas completamente distintas y sobre todo con las oscilaciones muy acusadas en el mercado de la informática”.

<sup>48</sup> ARCOS VIEIRA, M. L.: *Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia (con especial referencia a la responsabilidad por omisión)*, Cizur Menor, 2005, pp. 55 ss.

<sup>49</sup> PRINCIGALLI: ob. cit., col. 385.

factor respecto de un daño, no puede calcularse qué hubiera ocurrido de no incorporarse aquel factor a la cadena de acontecimientos previos al daño<sup>50</sup>. Desde este planteamiento, la evidencia de las probabilidades de éxito y fracaso hace aparecer la relación entre la pérdida de la oportunidad y el daño final como meramente hipotética, salvo que pudiera demostrarse, lo que parece difícil, que precisamente las probabilidades de que disponía la víctima eran las que iban finalmente a imponerse<sup>51</sup>. La eventual relevancia de las decisiones de terceros o de la propia víctima<sup>52</sup> en esa situación alternativa complica aún más la pretensión de obtener el necesario convencimiento sobre la existencia del nexo causal.

Esa dificultad para establecer la relación de causalidad entre el demandado y el beneficio final perdido pone de manifiesto la utilidad de la figura que, en caso de definitiva frustración de aquél, queda individualizada como un eslabón independiente de la cadena causal permitiendo, por tanto, proporcionar al perjudicado una cierta indemnización. Como indiqué en otro lugar, este recurso supone en el fondo resolver el problema de la relación de causalidad a costa de complicar el de la determinación y posterior valoración del daño<sup>53</sup>.

Junto a lo anterior, no puede desconocerse que la jurisprudencia española está acudiendo a mecanismos distintos de la *condicio sine*

---

<sup>50</sup> ARCOS VIEIRA, M. L.: *Nexo causal e imputación objetiva...*, cit., p. 29.

<sup>51</sup> Si lo que se demuestra es que la víctima disponía del 100% de las probabilidades, lo que queda probada es la identidad entre la oportunidad y el beneficio final no obtenido, por lo que será éste el daño a indemnizar. Tal ocurrió en el caso de la STS 30 diciembre 2002. El abogado demandado no había pedido en el juicio correspondiente el recargo del 20% a cargo de la aseguradora. El TS dedica parte de su argumentación a preguntarse, primero, si tal solicitud era necesaria, o se podía conceder de oficio, lo que resuelve en el primer sentido; y segundo, si una vez solicitado el recargo, la concesión resulta automática. El Tribunal concluye que "la privación de su montante económico a favor del actor recurrente, se debió, no a la antes aludida «conjetura» o «aleas del 'dictum' judicial» sino, en exclusiva, a la no petición de ese concepto por parte del profesional".

<sup>52</sup> Como en el caso de decisiones que el paciente hubiera podido tomar de haberse desarrollado la prestación de servicios sanitarios en distintas circunstancias (por ejemplo, la decisión de interrumpir o en el embarazo).

<sup>53</sup> ARCOS VIEIRA, M. L.: ob. cit., p. 55.

*que non* para la determinación de la causalidad material. Manteniendo el requisito de la “certeza” del nexo, los tribunales lo entienden suficientemente acreditado mediante expedientes que suavizan el rigor de la prueba que incumbe al demandante. Interesa ahora destacar el expediente del “juicio de probabilidad cualificada” que, aplicado a la relación causal, permite tenerla por probada cuando se concluye que responde a lo que aparece como más probable (con una probabilidad cercana a la certeza)<sup>54</sup>. Aplicando esta doctrina, algunos supuestos encuadrables en principio en la “pérdida de oportunidad” pueden llegar a resolverse vinculando directamente la conducta del responsable y el daño final, haciendo inútil el recurso a aquella figura, lo que ocurriría cuando las probabilidades de alcanzar la utilidad perdida alcancen la importancia que el juez requiera para su consideración como “cualificada”.

Al respecto puede citarse la STS 23 diciembre 2002. La hija de los demandantes sufre desde su nacimiento parálisis cerebral infantil con disminución de su capacidad orgánica y funcional en el ochenta y cuatro por ciento, habiendo quedado probado que la causa de estas secuelas no fue una malformación de carácter congénito, sino un sufrimiento fetal agudo. La ginecóloga demandada es absuelta tanto por el Juzgado como por la Audiencia. Entre otras razones (falta de negligencia), diversos informes y la prueba pericial en apelación ponían de manifiesto que el sufrimiento fetal causante de la parálisis cerebral pudo tener su origen en diversas causas, por lo que no podía asegurarse que fuera debido, en concreto, a un periodo expulsivo excesivamente prolongado.

El Tribunal Supremo considera que ambas sentencias son “claramente equivocadas”. Era la demandada la que debía descartar que la causa del daño fuera la que aparecía como más probable, esto es, un

---

<sup>54</sup> La STS 7 octubre 2004 aclara que, aunque como regla general la doctrina jurisprudencial atribuye la carga de la prueba de la base fáctica de la relación de causalidad al demandante, tal doctrina se modula, por ejemplo, cuando “se ha generado o mantenido una situación de riesgo en cuyo ámbito se ha producido un daño coherente con la misma, y si bien no hay certeza absoluta, la relación causal aparece como probable en un juicio de probabilidad cualificada, sin que se proporcione una hipótesis alternativa de similar intensidad”.

periodo expulsivo prolongado. “No se trata – dice el TS – de exigir la prueba de la causa, sino la de desechar la hipótesis que sin estar dotada de certeza aparece como más razonable, y revestida de la verosimilitud que proporciona un juicio de probabilidad cualificada”. Finalmente se condenó a la ginecóloga a pagar una indemnización de 100 millones de pesetas (600.000 euros).

El recurso a la doctrina de la probabilidad cualificada permite, por tanto, considerar acreditada la relación causal entre una conducta y un daño a pesar de la evidencia de que existen asimismo probabilidades (escasas, dado que al menos teóricamente la jurisprudencia española exige una probabilidad rayana en la certeza) de que el segundo no haya sido consecuencia de la primera. Dicha doctrina resulta, en consecuencia, aplicable a situaciones dañosas en las que una muy rigurosa prueba del nexo causal impediría progresar en su determinación más allá de la pérdida de la *chance*, y presenta la particularidad de que, determinada la causalidad a través de este método, la reparación se obtiene por el total del daño sufrido, resultado así más beneficiosa para la víctima que la aplicación de la “pérdida de oportunidad”.

Ésta, superada por la jurisprudencia partidaria del criterio de la probabilidad cualificada, puede sin embargo resultar de utilidad como expediente de corrección frente a la línea jurisprudencial que se mantiene fiel a una más rigurosa exigencia de prueba en sede de relación causal, para evitar planteamientos en términos de “todo o nada” que conducirían a la absolución por falta de causa. Desde ese planteamiento más riguroso, puede resultar más accesible obtener una indemnización – acaso menor – por la pérdida de oportunidades que se demuestra consecuencia de una acción u omisión del demandado, que otra de mayor entidad por el daño final cuyo nexo causal puede no resultar probado con la certeza requerida<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> A este respecto, indica SINDE MONTEIRO que la jurisprudencia francesa sobre pérdida de oportunidades de curación o supervivencia “nos parece constituir no mínimo una figura muito próxima da doutrina de atribuição da responsabilidade segundo o grau da elevação do risco, conduzindo, na falta de prova cabal sobre o nexo de causalidade (ou de ilicitude), a uma indemnização parcial”: *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra 1989, p. 300.

Finalmente, no debe dejarse de lado la necesidad de acreditar el nexo causal entre el supuesto responsable y la "pérdida de oportunidad". En este contexto, la relación puede resultar especialmente compleja cuando ese perjuicio se presenta como un daño futuro respecto al momento de su reclamación, y dentro de esa categoría, la certeza de la relación de causalidad se debilitará en función del alejamiento temporal o causal entre ambos términos de la relación. En este nivel de la relación causal, se pueden reproducir las cuestiones antes apuntadas acerca de la dificultad de alcanzar una absoluta certeza, y el consiguiente recurso a expedientes como el del "juicio de probabilidad cualificada" que constituyen una manifestación más del principio *pro damnato*.



# EL SISTEMA DUAL DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS Y SERVICIOS EN EL DERECHO DE CONSUMO ESPAÑOL

INMACULADA BARRAL

Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Barcelona

## **1. Responsabilidad por daños contractuales y extracontractuales de la LGDCU**

En el sistema legal español, la norma básica acerca de responsabilidad extracontractual se halla en el art. 1902 Cc, que diseña un sistema de responsabilidad por culpa, matizada por la interpretación jurisprudencial acerca de la inversión de la carga de la prueba de la diligencia; mientras que la responsabilidad contractual se regula en el art. 1101 y ss. Cc. Sin embargo, desde 1984 existe también un sistema especial de responsabilidad cuando la víctima es un consumidor, determinado por los arts. 25 a 29 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios – en adelante LGDCU –. La LGDCU, movida por un caso de gran impacto social como la intoxicación por aceite de colza, incluyó un sistema especial de responsabilidad por daño, cuya interpretación a menudo no es fácil, al lado de las vías de la responsabilidad extracontractual general del art. 1902 CC. Sin embargo, el sistema general del CC continúa siendo una opción para el consumidor, aunque el régimen de la ley especial parece más recomendable.



Sin embargo, la brecha más profunda que la LGDCU aporta al esquema de la responsabilidad del CC no es que en algún caso la responsabilidad de la LGDCU sea objetiva, que también es un elemento, sino el planteamiento de una responsabilidad global que no distingue entre los daños causados en sede contractual o extracontractual. En efecto, la LGDCU rompe la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual y regula la materia de una misma forma, prescindiendo de que exista o no un contrato entre el perjudicado y el responsable del daño; cabe decir, pues, que la ley formula un derecho a la indemnización con independencia de que la responsabilidad sea o no contractual<sup>1</sup>. Esta cuestión está claramente especificada en el texto del art. 29, en el que se afirma que la indemnización puede ser por daños contractuales o extracontractuales. Esta redacción del art. 29.1 LGDCU es el único lugar de todo este capítulo donde se explicita que la responsabilidad regulada por la Ley cubre dos tipos de daños, de forma que queda claro que la LGDCU articula un único sistema de responsabilidad por productos o servicios defectuosos que engloba ambos tipos de daños.

En este sentido, el recurso que aporta la LGDCU es la posibilidad de dirigirse contra el fabricante de los productos que causan el daño. Por ello, en cualquier caso, es extracontractual la responsabilidad frente al consumidor del fabricante o distribuidor por productos defectuosos, ya que el consumidor sólo contrata con quien directamente le vende el producto, y así es sólo en el marco de esta relación que puede hablarse de responsabilidad contractual<sup>2</sup>. Según lo expuesto, la responsabilidad

---

<sup>1</sup> La literatura jurídica sobre este tema es abundantísima, para un resumen sobre la cuestión véase REGLERO CAMPOS, F., “Los sistemas de responsabilidad”, en *Lecciones de responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS, coord., Pamplona, 2002, pág. 61 y ss. Acerca de la sentencia del TS de 10 de julio de 1943 que inició la evolución jurisprudencial, cfr. HERNÁNDEZ-GIL, A., “Comentario a la sentencia de 10 de julio de 1943”, RGLJ, 1944, pág. 343.

<sup>2</sup> En este sentido, la STS 22 de mayo de 2001, Ponente: Gullón Ballesteros, F. J. 1, califica la responsabilidad de contractual, aunque, en este caso, el vendedor infringiera una prohibición de reventa que permite que el fabricante y la distribuidora se exoneren. También la STS 14 de julio de 2003 (Ponente: O’Callaghan Muñoz), entiende que la ley regula conjuntamente la responsabilidad contractual y extra-

exigida por el consumidor será contractual cuando reclame contra el comercio minorista que le ha vendido el bien o le ha proporcionado el servicio, que es el caso más evidente, y para ello el art. 26 LGDCU enumera al «suministrador» entre los sujetos responsables; de la misma forma que el art. 27 cuando menciona directamente al vendedor. De manera similar, la SAP Toledo, Sección 1.ª, de 22 de mayo de 1995 (Ponente: Tasende Calvo), aunque ampliando el concepto de daño contractual a aquél producido como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del empresario, aunque la causa del daño sea una deficiencia a cargo del consumidor que no le ha sido advertida.

Con todo, es posible que en algún caso el hecho de que medie una relación contractual entre la víctima y el responsable del daño no sea suficiente para calificar la responsabilidad de contractual; por ejemplo, el sujeto responsable es el vendedor, pero el interés afectado no es el de la prestación, sino un daño producido por su actitud negligente, que es constitutiva de una infracción administrativa, pero del que también debe responder<sup>3</sup> (STS 22 de mayo de 2001, Ponente Gullón Ballesteros).

Más dudosa sería la opción que ha acogido el legislador en relación con los daños contractuales. En efecto, entendemos que el sistema que arbitra la LGDCU como general es el de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba, según veremos en el epígrafe 3. Pues bien, este sistema sintoniza poco con lo dispuesto en el art. 11 de la propia LGDCU<sup>4</sup> que arbitra un sistema de responsabilidad objetiva, ya que el sistema de los arts. 25 a 29 crea un régimen menos beneficioso para el consumidor. Sin embargo, esta objeción ha quedado matizada,

---

contractual, pero califica lógicamente de responsabilidad extracontractual la exigida al importador de una marca de vehículos a motor por un vehículo defectuoso al que se le rompe el eje mientras estaba circulando.

<sup>3</sup> Cfr. LÓPEZ RODRÍGUEZ, C., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2001», en *CCJC*, núm. 58, enero-marzo 2002, p. 226.

<sup>4</sup> Como ha puesto de manifiesto BÉRCOVITZ, «Comentario al art. 25 LGDCU», en *Comentarios a la ley general para la defensa de consumidores y usuarios*, BÉRCOVITZ-SALAS, coord., Madrid, 1992, p. 168, como argumento de peso para mantener que la responsabilidad de la ley en estudio es objetiva.

al menos en relación con los productos, con la aprobación de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, ya que el principio de conformidad y el plazo de garantía de dos años que esta Ley establece (arts. 4 y 6) hace que la vía de la LGDCU quede en un segundo plano en lo referente a la responsabilidad contractual.

Así, más allá de la diferencia que supone hablar de responsabilidad en general, sin distinguir si estamos ante un contrato o no, la LGDCU ofrece al perjudicado consumidor una norma especial de responsabilidad que es más beneficiosa que el CC, aunque siempre puede recurrir a la legislación general si le interesa. Con todo, no es esta dualidad CC-LGDCU la que pretendemos resaltar en el título de este trabajo; en realidad, entre ambos textos la relación es de ley general – Cc – a ley especial – LGDCU –, ya que es sistema de responsabilidad que articula esta ley sólo es aplicable si el perjudicado puede ser calificado como consumidor. En este sentido, se trata de una ley especial en sentido formal, es halla fuera del CC, y en sentido material ya que es un ejemplo de legislación sectorial que regula distintos aspectos relacionados con la protección al consumidor<sup>5</sup>.

En cambio, el sistema plural de responsabilidad por productos y servicios se refiere al hecho de que, dentro del propio ámbito de la protección a los consumidores, existen dos normas referidas a la responsabilidad por daños: la LGDCU, y la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos – en adelante, LRPD –, que se refieren a una misma realidad, y debemos hacer compatibles. Como veremos a continuación, la diferencia entre estas leyes pone más el acento en el tipo de daño que en el tipo de responsabilidad.

---

<sup>5</sup> Sobre el tema de las leyes civiles especiales y la reconocibilidad de la materia civil en las llamadas leyes sectoriales o legislación vertical, tuvimos ocasión de ocuparnos en BARRAL VIÑALS, I, “Los indeterminados límites del derecho civil” en, CABANILLAS, A., y otros, coord., *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, T.I, pág. 246 y ss.

## 2. El actual marco normativo: la LRPD y la LGDCU

Como ya hemos indicado, a la existencia de artículos sobre responsabilidad en la LGDCU, debe sumarse la existencia de otra ley, la LRPD. Será en este ámbito donde se pueden producir interferencias que hay que solventar. La cuestión no es sencilla, porque participa de dos tipos de problemas distintos: en primer lugar, existen algunas cuestiones previas acerca de la aplicación simultánea de ambas normas, en función de sus respectivos ámbitos de aplicación; así, deberemos determinar si la LRPD es o no una norma de derecho de consumo; a qué daños se aplica, que es quizás la cuestión más pacífica; y su doble entrada en vigor, haciendo referencia a los productos agrarios. En segundo lugar, y solucionado el primer tema, deberíamos decidir que ámbito material mantienen actualmente los arts. 25 y ss. LGDCU.

### 2.1 Derecho de consumo, LGDCU y LRPD

El sistema de responsabilidad que sobre la idea de ley especial introduce la LGDCU limita su ámbito de aplicación al caso en que la víctima sea un consumidor. Debe entenderse por tal aquél sujeto que reúna los requisitos del art. 1.2 de la misma ley. Este precepto recurre a un concepto concreto y subjetivo de consumidor, definido por el hecho de ser **destinatario final de bienes y servicios**. Esta idea incluye las relaciones entre particular y empresario si aquel es destinatario final de los bienes o servicios; en cambio excluye las relaciones entre particulares o entre empresarios y aquellas que se lleven a cabo con la Administración pública cuando actúa sometida al Derecho Administrativo. En este sentido, la noción de consumidor se refiere a dos niveles: la calidad con la que actúan las partes de la relación contractual<sup>6</sup>; y además, el tipo de operación económica que realizan. En efecto, el consumidor debe ser, además, destinatario final en el sentido que no

---

<sup>6</sup> Cfr. PAGADOR LÓPEZ, J.: Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas, Madrid, 1999, pág. 166 y \*ss.)

pretenda volver a introducir los bienes al mercado, aunque no los conserve materialmente, o bien no los integre en un proceso productivo, aunque los conserve materialmente. Esta idea es poco clara en muchas ocasiones, y ha provocado muchas veces una lectura restrictiva, pero puede decirse que es un problema que la regulación de la responsabilidad en la LGDCU da por cerrado: el sistema se aplica a quien pueda calificarse como consumidor según las notas expuestas. Así, los arts. 25 a 29 LGDCU son la normativa de responsabilidad en el ámbito de la protección al consumidor.

La LRPD parte de una lógica bien distinta, ya que su ámbito subjetivo es, en principio, indiscriminado: está legitimado activamente para pedir este sistema de responsabilidad cualquier perjudicado, según el tenor literal del art. 5. Esta idea se confirma cuando el art. 1 habla en general también de fabricante o importador como sujeto responsable. A primera vista parece que la relación de consumo es prescindible en el ámbito de aplicación de la LRPD. Por esta razón se podría sostener que esta ley es una ley civil que actúa como norma general de responsabilidad cuando los daños sean causados por productos defectuosos. Si aceptamos este presupuesto parecería lógico concluir que la LRPD sólo aparece limitada por su ámbito objetivo: regula la responsabilidad por productos defectuosos y prescinde de la característica que el perjudicado sea un consumidor.

Con todo, la cuestión no es tan simple por la existencia del art. 10.1. Este artículo limita la aplicación del sistema de responsabilidad en función de la destinación dada al producto que se declara defectuoso. Así, se limita la aplicación de la ley en función de los daños cubiertos: sólo daños en cosas diferentes al propio producto, que además, estén objetivamente destinadas al uso o consumo privado, y que en este concepto hayan sido utilizadas por el perjudicado<sup>7</sup>. Llegados a este punto, hay que ser cautelosos al entender la afirmación de la Exposición de Motivos de la ley, cuando afirma que amplía su ámbito de actuación en relación con el estricto concepto de consumidor destinatario final, ya que, aunque formalmente no se refiere a este concepto estricto, la

---

<sup>7</sup> Díaz Alabart, S “El concepto de consumidor en el arbitraje de consumo”, en Florensa Tomás, C. editor, *El arbitraje de consumo*, Valencia, 2004, pág.55.

limitación es evidente porque sólo el perjudicado que destine el bien a uso privado, podrá alegar la aplicación de la norma.

En nuestra opinión, la diferencia en el ámbito de aplicación de ambas normas es una cuestión de matiz ya que la idea del destino privado viene a ser la misma que la de consumidor-destinatario final. Así, siguiendo este criterio, la SAP de Baleares de 14 de diciembre de 1994, considera que es consumidor, y tiene derecho a que respondan solidariamente el fabricante y el vendedor por los defectos de un vehículo que originan un incendio, la empresa que adquiere el vehículo para uso privativo de su consejero delegado, ya que lo que decide la aplicación de la norma es la destinación del bien al uso privado. A mi modo de ver, la misma conclusión podía haberse alcanzado partiendo del art. 1.2 LGDCU. En realidad, la pregunta subyacente, que no puede hallar respuesta en este análisis, es el propio concepto de consumidor y el marco demasiado restrictivo del art. 1.2 LGDCU.

## **2.2 Dualidad de regímenes de responsabilidad por servicios y por productos**

Según hemos analizado en el apartado anterior, la oposición entre LGDCU y LRPD no es de ley especial-ley general, en el sentido de que la LRPD sea una ley que prescinde del marco de la protección al consumidor y sea, por tanto, aplicable en cualquier caso que exista daño por producto – lo que la convertiría en ley general, al lado de la legislación especial de consumo –. Así pues, está claro que, en este caso, tenemos un sistema dual de responsabilidad en el ámbito del derecho de consumo, de forma que el confuso régimen de responsabilidad para consumidores y usuarios diseñado por la LGDCU debe armonizarse con el sistema creado por la LRPD.

En efecto, tal y como se desprende del art. 2 LRPD, esta norma regula sólo la responsabilidad por productos, comprendiendo en esta noción los bienes muebles o incorporados a inmuebles<sup>8</sup>, el gas y la

---

<sup>8</sup> Por lo que se refiere a las incorporaciones, deberíamos acudir al concepto del Cc: art. 334.4,5,6 i 7, la diferencia en relación a un bien inmueble es clara: la

electricidad, de forma que el conflicto en la aplicación de las leyes excluye la responsabilidad por servicios. Por su parte, la DA. 1.<sup>a</sup> LRPD, según la que los artículos 25 a 29 LGDCU «no serán de aplicación a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos incluidos en el artículo 2 de la presente ley»<sup>9</sup>. Así pues, la responsabilidad se rige por distinta ley en función de si se trata de productos o de servicios que causen daño. Aunque, hecha la afirmación, debe precisarse enseguida que el art. 1 LRPD considera productos el gas y electricidad, que, por esta idea, quedan dentro del ámbito de esta norma, y lo que es más importante, no se considera la responsabilidad del subministrador de estos servicios, como hacía el art. 28 LGDCU, que, además, los sometía aun sistema objetivo de responsabilidad.

En otro orden de cosas, la técnica legislativa utilizada para determinar la relación entre ambas leyes debe calificarse como mínimo de defectuosa, ya que la DA 1.<sup>a</sup> no es una cláusula derogatoria, sino que se limita a declarar la inaplicabilidad de la LGDCU en el ámbito de aplicación de la ley, y este régimen plantea dos cuestiones distintas:

En primer lugar, desde la entrada en vigor de la LRPD, la LGDCU limita su ámbito de aplicación a la responsabilidad por servicios. Esta afirmación enlaza con la idea de que la Directiva 85/374/CEE, de la que trae causa la LRPD, no es una directiva de mínimos<sup>10</sup>. En efecto, como

---

incorporación es todo lo que no puede separarse del elemento al que está unido sin deteriorar este objeto (RUIZ MUÑOZ, a BOTANA- RUIZ, coords., *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, 1999, pág. 511.)

<sup>9</sup> No es finalidad del presente comentario analizar la LRPD, que excede, en mucho, el objetivo del presente análisis. Son muchas las obras doctrinales sobre este tema. Pueden consultarse, por ejemplo, PARRA LUCÁN, M. A., *Daños por productos y protección al consumidor*, Barcelona, 1990; SOLÉ FELIÚ, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Valencia, 1997; y MARIN LÓPEZ, J. J., *Daños por productos. Estado de la cuestión*, Madrid, 2001, sobre propuestas de reforma.

<sup>10</sup> Esta ha sido la posición del TJCE: sentencias de 25 de abril de 2002: asunto C- 52/00 *Comisión / Francia*; asunto 154/00, *Comisión / Grecia*; asunto C-183/00, sobre una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera instancia núm. 5 de Oviedo, del que, por esta razón, hablaremos con más detenimiento en el texto.

mayoritariamente sostiene la doctrina<sup>11</sup>, la citada Directiva no es de mínimos sino imperativa para los estados miembros a excepción de aquello que la propia Directiva prevé como disponible, como la inclusión de las materias primas agrarias en el ámbito de aplicación de la Directiva que, como veremos, España ha utilizado. Más allá de estos casos explícitos, la directiva se impone a las legislaciones nacionales ya que es el resultado del difícil equilibrio entre la protección al consumidor y la responsabilidad del fabricante, y pretende la consecución del mercado interior y la creación de un sistema único de responsabilidad por productos.

La afirmación mayoritaria acerca de que la LGDCU ha sido desplazada en relación con la responsabilidad por productos fue contestada por BERCOVITZ<sup>12</sup> acogiéndose a la letra del art. 13 de la citada directiva. Este artículo establece que la Directiva, y por tanto, la LRPD, “no afecta a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual o con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existente en el momento de la notificación de esta Directiva”. El argumento parece impecable, ya que la LGDCU podría considerarse un régimen especial preexistente que la Directiva deja al margen. No ha sido esta, sin embargo, la interpretación del TSJCE cómo se desprende de la sentencia M.V. González c. Medicina Asturiana<sup>13</sup>. En este caso, se plantea una

---

<sup>11</sup> Ver la síntesis en MARTÍN CASALS, M.- SOLÉ FELIÚ, «Aplicación de la ley de responsabilidad por productos defectuosos: la explosión de una botella y el defecto de fabricación», *La Ley*, año XXIV, núm. 5807, 20 de junio de 2003, pp. 1 y ss.

<sup>12</sup> BERCOVITZ, Rodrigo, *La adaptación del Derecho español a la Directiva comunitaria sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*, Estudios de Consumo, 1988, pp. 83 y ss.

<sup>13</sup> Esta sentencia aclara el contenido del artículo, indicando que aquello que respeta el art. 13 son fundamentos diferentes de responsabilidad, pero no reglas anteriores distintas en el ámbito de la responsabilidad por productos, como los arts. 25 a 28, que la propia LRPD declara inaplicables. “[e]l art. 13 de la Directiva... debe interpretarse en el sentido de que los derechos que los perjudicados por los daños causados por productos defectuosos tuvieran reconocidos conforme a la legislación de un Estado miembro, en virtud de un régimen general de responsabilidad que tenga el mismo fundamento que el establecido por esta Directiva, pueden verse limitados o restringidos como consecuencia de la adaptación del ordenamiento jurídico interno... a lo dispuesto en la... Directiva”



cuestión prejudicial por Auto de 13 de abril de 2000 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Oviedo (Juez: Agustín Azparren Lucas) en el que se esgrimía la necesidad de aplicar la LGDCU por ser más beneficiosa la consumidor en caso de productos farmacéuticos defectuosos, y atendiendo al principio *pro consumatore*. Sin embargo, la sentencia establece claramente que el citado precepto de la Directiva no avala la coexistencia entre LGDCU y LRPD, y que el art. 13 se refiere a que la Directiva puede alterar el régimen de responsabilidad existente en cada país, ampliándolo o bien limitándolo y lo que permite es la coexistencia de otros fundamentos de responsabilidad o bien con reglas propias para cierto tipo de productos, pero no que se modifique el régimen común generado por la Directiva 85/374. En nuestro caso, significaría que el perjudicado podría acudir a la norma generales de responsabilidad extracontractual del art. 1902 Cc, o que se considera no afectado el régimen del saneamiento por vicios ocultos en tanto en cuanto supone otro fundamento de responsabilidad; o bien la normativa de responsabilidad propia de algún sector específico, como por ejemplo la responsabilidad por daños nucleares que la propia LRPD excluye (art. 10.3); o la determinada por la Ley de caza de 4 de abril de 1970, o la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación<sup>14</sup>. En cambio, la LGDCU queda apartada en su aplicación a la responsabilidad por productos, tal como claramente afirma el art. 2 LRPD, prescindiendo de que su régimen pueda ser más beneficioso para el consumidor.

En realidad, el problema de interpretación que el Tribunal europeo ha zanjado con contundencia se produce porque las dos leyes que

---

<sup>14</sup> En este sentido, PARRA LUCÁN, "La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales" en REGLERO CAMPOS, COORD., *Lecciones de responsabilidad civil*, Madrid, 2002, pág. 369. El caso de un sistema especial de responsabilidad para un producto en concreto es el de la responsabilidad por productos farmacéuticos en Alemania, que se halla en una ley especial y adopta un sistema distinto a la responsabilidad general por productos, cfr. RAMOS GONZÁLEZ, S., "Responsabilitat per medicament a Alemanya", InDret, working paper núm. 6, 2003, (<http://www.indret.com>) consultado por última vez el 18 de mayo de 2005.

comentamos obedecen a lógicas muy distintas. La LGDCU es una ley nacional, anterior a la entrada de España en la entonces CEE, provocada por un hecho de gran importancia social, económica y jurídica como fue la intoxicación masiva con aceite desnaturalizado de colza vendido a granel. Por ello, es una ley que regula prolijamente la responsabilidad, incluso el redactado de los artículos pretende ser omnicompreensivo; y esto explica, entre otras cosas, el sistema de responsabilidad objetivo que traza el art. 28 para los productos alimenticios; o la mención al "tenedor" de productos a granel" del art. 27. En cambio, la LRPD es la transposición de una Directiva comunitaria cuyo punto de mira no es tanto la protección al consumidor en si misma considerada, como la consecución del mercado interior creando unas condiciones únicas y conocidas de antemano para la industria, de forma que la legislación nacional aplicable en cada caso no frene o encarezca demasiado su expansión transfronteriza, con el argumento jurídico de que requisitos de responsabilidad diferentes en cada país puede significar la fragmentación del mercado y el falseamiento de la competencia. De ahí que a pesar de la clara argumentación acerca de la interpretación del art. 13 D 85/374, si el objetivo es la consecución del mercado interior, la citada Directiva debe ser imperativa. Lo que ya no queda tan claro es si esta lógica también cumple el objetivo inicial de conseguir una mayor protección al consumidor.

En cualquier caso, estas dos lógicas paralelas han llevado a la situación dual que comentábamos, que incluso se traduce a veces en problemas de interpretación de ambas leyes. Por ejemplo, según el art. 10 LRPD, los daños resarcibles son los daños materiales, con exclusión de aquellos sufridos por el propio producto. En cambio, la LGDCU establece una responsabilidad que alcanza a «... los daños y perjuicios demostrados...» (art. 25) y, por tanto, a cualquier tipo de daño personal o material, incluidos los producidos en los propios bienes defectuosos, siempre que realmente existan, es decir, si puede probarse su existencia; e incluso deben entenderse comprendidos los daños morales. Esta amplitud en la consideración del daño hace que esta norma sea más favorable al consumidor que la LRPD, y si atendemos al principio pro consumatore, parece legitimarse una aplicación de la LGDCU en un caso de responsabilidad por productos, aún después de la entrada en

vigor de la LRPD. Ello explica, como veremos más tarde, las decisiones contrarias de la jurisprudencia.

### **2.3 La cuestión de los ámbitos de aplicación materiales: las materias primas agrícolas y ganaderas.**

Por lo que se refiere a la responsabilidad por productos, el tránsito entre la LGDCU y la LRPD se produce en dos etapas: una primera para los productos en general, y una segunda especial para los productos agrícolas y ganaderos.

En efecto, para la generalidad de los productos que entran en el ámbito de aplicación del art. 2 LRPD, ésta se aplica a aquéllos puestos en circulación después de la entrada en vigor de la LRPD, el día 8 de julio de 1994 (disp. final 4.<sup>a</sup> LRPD). Así, el ámbito de vigor de la LRPD no depende de la fecha de producción del daño, sino del momento de comercialización del producto. La aplicación jurisprudencial no ha sido muy tajante en este tema, y a menudo el TS ha ignorado la fecha de la puesta en circulación del bien o producto para favorecer la aplicación de la LRPD. Incluso el TS ha acudido a la fundamentación conjunta de ambas leyes, por ejemplo, en la STS de 25 de junio de 1996 (Ponente: Barcala Trillo-Figueroa) en la que se razona y se aplica la LGDCU, pero se hace referencia al concepto de defecto según aparece en la LRPD. El mismo razonamiento se utiliza en la SAP Barcelona, Sección 19.<sup>a</sup>, de 11 Nov. 2003, (Ponente: Claret Castany). De manera similar se aplican conjuntamente ambos textos en la de STS 14 Jul. 2003, (Ponente: O'Callaghan Muñoz, Xavier), FFJJ 1.º y 2.º). Finalmente, la STS de 21 Feb. 2003, (Ponente: Villagómez Rodil) es la primera que fundamenta en fallo en el concreto de producto defectuoso de la LRPD, pero ello no obsta para aplicar también, el art. 27 LGDCU, para determinar el sujeto responsable. Otras veces, el TS acude a puntualizar que el sistema de responsabilidad se objetiviza hasta llegar al sistema de la LRPD (STS de 5 de octubre de 1999, Ponente: O'Callaghan Muñoz), que, sin embargo, se declara no aplicable al caso. Además, cabe la posibilidad de aplicar restrictivamente el ámbito de aplicación de la LRPD, en aras a la protección del consumidor (SAP

Albacete, Sección 1.<sup>a</sup>, de 9 Mar. 2000, Ponente: González Carrasco), que no entiende comprendido el butano en el marco de la LRPD por el hecho de que sólo menciona el gas y la electricidad: el suministro de butano es, por tanto, un servicio sometido a la LGDCU.

Hay, sin embargo, un grupo de productos que, a la entrada en vigor de la LRPD, quedaron fuera de su ámbito de aplicación: las materias primeras agrarias y ganaderas y los productos de la caza y la pesca que no hubieran sufrido transformación inicial. La exclusión de estos tipos de productos agrarios estaba contemplada en la Directiva 85/374/CE, art. 2, puesto que la responsabilidad de la ley pretendía centrarse, tal y como se afirmaba en la Exposición de Motivos, en los objetos de producción industrial.

Las razones de la exclusión inicial no se justificaban fácilmente<sup>15</sup> y la razón parecía ser la conflictividad que tales sectores planteaban en el seno de la Comunidad Europea tanto económica como socialmente, por lo que resultaría arriesgada una regulación con una importante carga financiera como la que suponía la responsabilidad por productos de la D 85/374/CEE, que se consideró demasiado onerosa para el productor agrícola. Así, el Parlamento Europeo sugirió el texto del art. 2 considerando que no toda la producción agrícola puede considerarse industrial<sup>16</sup>, pero permitiendo, en el art. 15 que cada Estado pudiera «...mediante derogación del artículo 2o, prever en su legislación que, a efectos del artículo 1o, el término producto designe también a los productos agrícolas naturales...» España no hizo uso de esta prer-

---

<sup>15</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo. «La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985». Estudios sobre consumo, núm.7, abril 1986, pág. 101 y ss. afirma que si bien los procesos de obtención de ambos tipos de productos difieren, ello no elimina la idea de riesgo creado ni el de su imputabilidad, máxime si se tiene en cuenta que son productos destinados a la alimentación, campo en el que la protección al consumidor se relaciona estrechamente con el derecho a la salud.

<sup>16</sup> GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “Primeros resultados del Libro verde de la comisión europea sobre la legislación alimentaria: modificación de la Directiva 85/374/CEE (Responsabilidad objetiva)”, EC, núm. 45, pág. 59-60.

rogativa<sup>17</sup>, de forma que, a pesar de la entrada en vigor de la LRPD, la responsabilidad por daños causados por productos agrarios no transformados se continuaba rigiendo por la LGDCU, y en concreto, por el sistema de responsabilidad objetiva del art. 28.2, en cuanto fueran alimentos<sup>18</sup>. Este hecho refuerza la idea indicada al principio, en el sentido de que en la LRPD, como aplicación de la Directiva, inflúa la consideración de que el coste social de la responsabilidad de las empresas fuera asumible; mientras que en España, el régimen de responsabilidad de los productos agrarios no transformados que continuó sometido a la LGDCU ofrecía un régimen claramente proteccionista con el consumidor, cuando la opción de la Directiva era, precisamente dejar el sector agrícola al margen.

Sin embargo, la preocupación posterior de la UE por la seguridad alimentaria, especialmente tras la llamada crisis de las vacas locas<sup>19</sup>, propició la modificación de la Directiva citada en el sentido de hacer obligatorio el sistema de responsabilidad para las materias primas agrarias y ganaderas, mediante la Directiva 1999/34, cuyo objetivo principal es restablecer la confianza del consumidor en los productos indicados (Cdo. 5). La transposición de esta Directiva se ha producido por Ley 14/200, de 29 de diciembre, por lo que a partir de la entrada en vigor de esta ley, también las materias primas agrarias y ganaderas pasan a regirse por la LRPD.

---

<sup>17</sup> En cambio, han extendido la aplicación a los productos agrícolas desde el inicio Francia, Grecia, Luxemburgo, Suecia y Finlandia. Cfr. PARRA LUCÁN, M.A., "La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y del profesional", en *Lecciones de responsabilidad*, REGLERO CAMPOS, coord., Pamplona, 2002, pág. 370.

<sup>18</sup> La ley se aplicaba, pero, a los productos agrarios transformados, y desde la primera transformación: así, no se aplicaba al trigo pero sí al pan; no se aplicaba a la aceituna pero sí al aceite. Creo que el hecho de envasar el producto no implica transformación y se mantiene fuera de las directrices de la ley: carne o pescado envasados, en cambio, sí que entra el pescado congelado.

<sup>19</sup> En realidad, la reforma de esta Directiva proviene de un proyecto integral de reforma del que podríamos llamar derecho alimentario que se inicia con el llamado Libro Verde de la Comisión Europea sobre los principios generales de la legislación alimentaria de la Unión Europea, (COM (97) 176 final, pág. 56).

En definitiva, y según lo expuesto, parece claro que los arts. 25 a 28 LGDCU se aplican hoy

- A los productos defectuosos puestos en circulación antes de la entrada en vigor de la LRPD: grupo tendencialmente reducido, aunque más amplio en el caso de las materias primas agrícolas y ganaderas.
- A los servicios que causen daños

### **3. De la responsabilidad objetiva con inversión de la carga de la prueba a la responsabilidad objetiva por producto defectuoso**

Entre la LGDCU y la LRPD existe una diferencia clara de punto de partida, además de las explicaciones coyunturales que ya hemos comentado en el epígrafe anterior. De entrada, la responsabilidad de la LGDCU es una responsabilidad subjetiva (art. 26) con excepciones (art. 28)<sup>20</sup>; mientras la de la LRPD está basada en la noción de defecto del producto y es objetiva. Pero tras la afirmación rotunda viene el matiz, y la interpretación del TS acerca del juego entre ambas normas, lejos de acentuar esta diferencia, ha contribuido a aumentar la confusión. En efecto, de entrada, la LGDCU prescinde de la noción de defecto que es la que preside la LRPD y sobre la que se centra su sistema de

<sup>20</sup> La doctrina suele insistir en que la inteligencia de los art. 25, 26, 27 y 28 LGDCU no es fácil, y, por ello, se han decantado por entender que la lectura del art. 25 resulta incompleta si no acudimos a lo que dispone el art. 26 al final que incorpora la necesidad de un juicio de culpabilidad; y esta ha sido, como veremos, la línea seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, el régimen del art. 28 es de responsabilidad objetiva por excepción. Cfr., entre otros, PARRA LUCAN, *Daños por productos y protección al consumidor*, Barcelona, 1990, pág. 366; DIAZ DE LEZCANO SEVILLANO, *La responsabilidad del productor: referencia a al normativa comunitaria y a las leyes y proyectos de actuación*, ADC, 1990, pág. 763; GÓMEZ LAPLAZA- DÍAZ ALABART, "Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", AC, 15 de junio de 1995, pág. 519 y ss.; DE ÁNGEL YAGÜE, A. *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, pág. 655; SOLÉ FELIU, J., *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Valencia, 1997, pág. 52.

responsabilidad objetiva; pero la interpretación de los criterios sobre los que el art. 26 LGDCU exige la diligencia al empresario se han visto a través del prisma de la noción de defecto de información y defecto de diseño, por lo que la diligencia se lleva a un ámbito quizás excesivo. Pero para llegar a esta conclusión debemos analizar previamente dos aspectos: en primer lugar el tratamiento que el TS ha dado a los arts. 25 a 28 LGDCU; y en segundo lugar, las bases de la noción de producto defectuoso de la LRPD.

### 3.1 La responsabilidad subjetiva de la LGDCU

En efecto, si empezamos por la LGDCU, los arts. 25 y 26 resultan difíciles de compaginar, porque si bien el art. 25 parece remitirse a una responsabilidad objetiva que cae o se reduce sólo en caso de culpa de la víctima, parece también claro que el art. 26 está haciendo referencia a una responsabilidad por culpa en la que el fabricante se exonera si prueba que ha cumplido los requisitos reglamentarios y los demás «cuidados y diligencias que exija la naturaleza del producto», es decir, que ha sido diligente. El pretendido carácter meramente objetivo del art. 25 queda limitado por la mención que el art. 26 realiza a la negligencia en la actuación del sujeto responsable, por ejemplo, el fabricante, y al cumplimiento de las disposiciones normativas aplicables, como muestra de negligencia<sup>21</sup>. Finalmente, por excepción, el art. 28 impone en ciertos casos un sistema de responsabilidad objetivo<sup>22</sup>. Esta interpretación evita forzar excesivamente el texto de los artículos 26 y 28 y, además, es la línea claramente acogida por la jurisprudencia del TS, lo que justifica esta toma de postura, aún sabiendo que quedan muchos cabos sueltos en su interpretación que no siempre favorecen al consu-

---

<sup>21</sup> Esta es la postura de la doctrina, ver, entre otros, PARRA LUCAN, *op. cit.*, pág. 360 y ss.

<sup>22</sup> ROCA TRIAS, E., *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, en Valpuesta Fernandez, R.- Verdadera Server, coords., València, 2001, pàg. 365.

midor, especialmente en lo que se refiere a la responsabilidad contractual<sup>23</sup>.

Así, el TS interpreta que los arts. 25 y 26 LGDCU sientan el principio de inversión de la carga de la prueba haciendo recaer sobre el productor o subministrador de los productos o servicios la carga de probar que el origen de los daños y perjuicios se encuentra en la conducta culposa del usuario o de las personas por las que debe responder. Esta premisa ofrece una línea de continuidad respecto de la jurisprudencia anterior a la entrada en vigor de la LGDCU. En efecto, como analiza PARRA LUCÁN<sup>24</sup>, se había consolidado desde la STS 24 de noviembre de 1984 la idea de que la conducta negligente del fabricante consistía en el lanzamiento al mercado de una sustancia defectuosa o bien la omisión de las indicaciones precisas para usar el producto, que se consideraban acciones u omisiones culposas que daban lugar a indemnización *ex art.* 1902 CC. En este orden de cosas, se había constatado que ante el fabricante de productos resultaba muy complicado para el consumidor probar los elementos tradicionales de la responsabilidad por culpa: acción u omisión culpable, daño, relación de causalidad y culpa, porque la víctima, que es consumidor, no controla el proceso de producción. Así, la inversión de la carga de la prueba exige en este caso demostrar que el producto no es defectuoso o que se suministró al consumidor toda la información necesaria para que el producto no resultara dañoso. Como afirma BERCOVITZ<sup>25</sup> en relación con la STS de 23 de mayo de 1993, que aplica por primera vez la ley en estudio, se obtiene el mismo resultado acudiendo a la ley especial que solucionando el caso a partir del art. 1902 Cc, por lo que parece que este sistema de responsabilidad por culpa es suficiente como para conseguir la protección del interés del consumidor, sin tener que acudir siempre a un sistema de responsabilidad objetiva.

<sup>23</sup> Como ha puesto de manifiesto BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 168, como argumento de peso para mantener que la responsabilidad de la ley en estudio es objetiva.

<sup>24</sup> PARRA LUCÁN, M. A., «La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales», en *Tratado de responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS, coord., Pamplona, 2003, pp. 1275 y ss.

<sup>25</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., comentario a la STS de 23 de mayo de 1993, en *CCJC*, núm. 32, abril-agosto de 1993, pág. 681.



### 3.2 La responsabilidad objetiva por producto defectuoso

Por su parte, la LRPD parece establecer un sistema de responsabilidad objetiva, ya que no debe demostrarse la culpa del sujeto responsable (art. 5 y EdM, pàr. 3r), pero existen dos limitaciones a este principio: En primer lugar, corresponde al perjudicado probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos (art. 5); y en segundo lugar, la ley ofrece una serie de causas de exoneración y ello significa que existen una serie de supuestos en los que, a pesar de demostrar los elementos antes vistos, el demandado no responde. En este sentido, la LRPD se centra especialmente en la noción de producto defectuoso, pero no es que exista responsabilidad en el marco de la LGDCU si el producto causa daño pero no es defectuoso según la LRPD; sino que el sistema de esta segunda ley es cerrado: sólo un producto defectuoso genera un daño resarcible.

Siguiendo esta idea, el concepto básico de la LRPD es la noción de defecto en el producto: un producto es defectuoso cuando no está en disposición de garantizar razonablemente que no producirá daños a las personas o a las cosas. La defectuosidad depende de las expectativas del consumidor medio en función de los tres parámetros que fija el art. 3: uso razonable, presentación y momento en que se comercializa el producto. Así pues, la gran innovación de la LRPD es haber encontrado una noción única de producto defectuoso, aunque se discute el valor de un concepto tan general<sup>26</sup>. En cualquier caso, la base parece ser la noción de seguridad: es defectuoso el producto que no es seguro, es decir, aquel que tiene un defecto de seguridad.

Con todo, debemos hacer dos precisiones básicas: el producto defectuoso no es un producto peligroso necesariamente, ni a la inversa: el producto defectuoso es aquel que no ofrece lo suficiente seguridad, con independencia de su peligrosidad intrínseca. Así, el producto peligroso puede ser seguro si se comercializa con un adecuado control de

---

<sup>26</sup> DE LA VEGA GARCIA, *Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso*, Madrid, 1998, pág. 88 y ss; y GÓMEZ CALERO, *Responsabilidad civil. Productos defectuosos*, Madrid, 1996, pág. 57.

riesgos y con suficiente información por el consumidor. Por otra parte, puede ser un producto no peligroso, pero que tenga un defecto de seguridad: se ha fabricado defectuosamente<sup>27</sup>. Por otra parte, este concepto de defecto viene a determinar que la finalidad de la ley es proteger la integridad personal y de los efectos de quien usa del bien y no mira, en cambio, a los vicios intrínsecos de la cosa que no permiten el uso pactado contractualmente y que dan lugar a la acción por vicios ocultos, con independencia que se haya producido un daño: la responsabilidad se sitúa en sede de cumplimiento contractual poco adecuado. En realidad, la distinción pierde nitidez desde la ley 23/2003, de 10 de julio, de garantía en la venta de bienes de consumo, que, al incorporar la noción de conformidad, lleva la idea de defecto del producto a la esfera de la ejecución del contrato y, por tanto, a la de la responsabilidad por incumplimiento de contrato. Sin embargo, continua siendo cierto que la falta de conformidad genera responsabilidad en si misma, sin necesidad de que se provoque ningún daño, que es la base de la responsabilidad por productos<sup>28</sup>.

La seguridad normal es “la seguridad que cabría legítimamente esperar”, es decir, no existe un nivel absoluto de seguridad, sino que hay una inseguridad que se contrata como normal<sup>29</sup>. Por ello, el producto defectuoso es aquél que no es seguro porque no ofrece la seguridad normal de los de su tipo. En realidad, la LRDP, como la Directiva de la que trae causa, aceptan la doctrina americana acerca de los defectos de información, de diseño y de fabricación<sup>30</sup>, aunque presentados bajo distintos alrededor de la seguridad del producto. Con todo, como ya

---

<sup>27</sup> REYES LÓPEZ, M.J., *SEGURIDAD DE LOS PRODUCTOS Y RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE. OTRO SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL ESPECIAL: LA DEL FABRICANTE*, MADRID, 2002, PÁG. 78 Y SS.

<sup>28</sup> EN este sentido, LLACER MATAÇAS, M.R., “Les qualitats de l’objecte en les fases pre i post contractuals: del sanejament a la conformitat”, en , *El dret civil català en el context europeu*, Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona, Coord., Girona, 2003, pàg. 304.

<sup>29</sup> REYES LÓPEZ, *op. Cit.*, pág. 82 y ss.

<sup>30</sup> Para este tema, cfr. ALCOVER GARAU, *La responsabilidad civil del fabricante*, Madrid, 1990, pàg. 75 y ss.; y SOLÉ FELIU, *op. cit.*, pág. \*\*

veremos en el epígrafe siguiente, esta idea está muy presente en los Tribunales, que hasta interpretan con esta clave el requisito de diligencia que impone la LGDCu.

Así, la inseguridad no es un concepto cerrado, sino que se mide por la concurrencia de ciertas circunstancias (art. 3). La primera de ellas es la presentación del producto, y la mención a la presentación del producto incluye desde la forma como está y también a la información que en el envoltorio se ofrezca al comprador. Esta idea se refiere claramente a los llamados defectos de información. El segundo módulo es el llamado uso razonable y que se explica acudiendo a que existe una inseguridad intrínseca que es la permitida por la ley y que se relaciona con el uso normal del producto que se convierte en “uso razonablemente previsible”. La idea del uso razonable excluye la responsabilidad cuando la cosa ha sido manipulada culposa o dolosamente por el usuario; y la culpa del perjudicado se extiende también a los casos de responsabilidad por acto ajeno: hijos o dependientes (arte. 1903 CC), de forma que este hecho es causa de moderación o supresión de la responsabilidad (art. 7). Este no es, sin embargo, un módulo nuevo en relación al derecho interno, la LGDCU ya indicaba, como causa de exoneración, la llamada culpa exclusiva del perjudicado o de sus dependientes.

El tercer módulo apela al momento en el cual se pone en circulación: La mención al momento en el cual se pone en circulación hace referencia a que no se deben superar las limitaciones técnicas del momento de producción. Tiene importancia, sobre todo, en relación con el art. 3.3. y la limitación de los riesgos del desarrollo. Como dice el art. 3.3, el hecho de poner en circulación el mismo producto de forma más perfeccionada no significa que la primera versión pueda ser considerada como defectuosa. Por este motivo es causa de exoneración de la responsabilidad que el producto que el estado de la técnica en el momento de la fabricación no permitían apreciar la existencia del defecto (arte. 6, 1.e). Siempre que no se trate de productos alimentarios destinados al consumo humano o medicamentos art. 6.3). También es causa de exoneración de responsabilidad el hecho de estar fabricado el producto cumpliendo toda la normativa imperativa (arte. 6.1,d).

Finalmente hace falta tener presente los defectos de fabricación: es predicable de los elementos producidos en serie y significa apartarse

del estándar de seguridad de la serie, que es el que indica l'arte. 3.2 con el concepto d'elemento que s'aparta de la seguridad de la serie.

Esta regulación supone que la defectuosidad de un producto se mide por dos estándares. Por un lado, el test de las expectativas de seguridad del consumidor: es defectuoso el producto que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar. Por otro lado, el test coste-beneficio: es defectuoso un producto si el riesgo o daños que presenta es superior a su utilidad social; si produce más utilidad que riesgo, pero hay productos alternativos más seguros; es posible diseñar un producto más seguro con un bajo coste o un coste razonable (defectos de diseño)<sup>31</sup>. La seguridad normal es, pues, un concepto jurídico indeterminado, y esto quiere decir que no se puede dar un concepto cerrado de defectuosidad y que depende de cada producto concreto

En relación a los defectos de fabricación se establece una norma procesal – no sustantiva – que, por este motivo no altera el concepto unitario de defecto del art. 3.1. Esta norma es una presunción sobre la seguridad de los productos fabricados en serie por defectos de fabricación. Por esto, en este caso concreto, se excepciona la carga de la prueba del perjudicado sobre el defecto que establece el art. 5. Se trata de una presunción que pretende facilitar la prueba, fruto d'una enmienda de Izquierda Unida-Iniciativa por Cataluña, según el modelo italiano y que no consta en la Directiva.

La presunción se basa en considerar que los productos fabricados en serie según un determinado modelo ofrecen idéntico nivel de seguridad. Por lo tanto, si en la fabricación de algún producto se produce alguna anomalía, está claro que no ofrece al misma seguridad que los otros individuos de la serie: los elementos que no tienen la misma seguridad que los de la serie son, por lo tanto, defectuosos: la prueba del defecto de fabricación se puede obtener analizando la seguridad de un producto en concreto y la de los otros ejemplares de la serie<sup>32</sup>, por ejemplo: la prueba del defecto de un airbag que no se abre en el

---

<sup>31</sup> RUIZ MUÑOZ, a BOTANA - RUIZ, coords., *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, 1999, págs. 515 y 516.

<sup>32</sup> MARTÍ CASALS, Y SOLÉ FELIU, *op. Cit.*, pág. 5..

momento de la colisión y causa lesiones cervicales al conductor, si se demuestra que los otros sí que se abrieron.

Esta presunción dificulta la prueba del fabricante que, pese a ser menos seguro que los otras de la serie, continúa respondiendo al patrón de los expectativas del consumidor, que integran la noción del art. 3.1, pero se mantiene como posibilidad. Por otra parte, también puede alegar en este caso las otras causas de exoneración de la responsabilidad.

### **3.3 Defectos de información y de diseño y la diligencia en el ámbito de la LGDCU**

Como ya hemos dicho, la LGDCU prescinde de entrada de la noción de defecto, por ello, los criterios anteriores de defecto de diseño, de información y de fabricación, se incardinan dentro del ámbito de la necesidad de una actuación diligente. Con todo, la distancia entre ambos planteamientos no es tan evidente: Uno de los módulos que la LGDCU usa para calibrar si la actividad del productor ha sido diligente es el cumplimiento de los requisitos reglamentarios, y en esta expresión se incluyen de forma clara los llamados defectos de información. En realidad, la LGDCU no exige en el producto causante del daño el carácter de producto defectuoso, a diferencia de la LRPD que sólo considera el daño causado por un defecto en el sentido que recoge su art. 3 y que lo relaciona necesariamente con un defecto de seguridad. Pero la ley en estudio, aunque el art. 26 no lo mencione, no es ajena a este concepto que aparece, por ejemplo, en el art. 27.1, cuando se afirma la responsabilidad sobre “el origen, la identidad y idoneidad” de productos y servicios; o bien cuando el art. 28 somete a su régimen especial ciertos productos que incluyan “garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad”<sup>33</sup>. Por ello se puede afirmar, como indica, SOLÉ FELIU<sup>34</sup>, que el concepto de defectuosidad que maneja la LGDCU

---

<sup>33</sup> BERCOVITZ, comentarios..., *op. cit.*, pág. 719; GOMEZ LAPLAZA- DIAZ ALABART, *op. cit.*, pág. 521.

<sup>34</sup> SOLÉ FELIU, *op. cit.*, pág. 55.

es más amplio y abstracto que el de la LRPD. En realidad, la LGDCU prescinde de la noción de defecto, y, en concreto, de la identificación entre defecto y falta de seguridad de la LRPD. El punto de partida de ambas leyes es muy distinto, como ya se ha comentado; con todo, la doctrina del TS ha aplicado la LGDCU, que en principio no habla de defectos en el producto, atendiendo a la responsabilidad por defectos de información y por defectos de diseño, forzando la interpretación de la LGDCU hacia la línea de la LRPD.

En efecto, ha sido en el ámbito de los llamados defectos de información, donde la jurisprudencia del TS ha desarrollado su concepto de la diligencia a probar por parte del fabricante en el art. 26 LGDCU. Como se sabe, el derecho a la información del consumidor se ha erigido en un principio general del derecho de consumo, enunciado, entre otros, en los arts. 2 y 13 de la misma ley. Además, este tipo de defecto incluye la valoración del incumplimiento de la normativa sobre etiquetado y presentación de los productos, ya que el etiquetado es una forma de cumplir el requisito de información previa al consumidor, al menos en lo que se refiere a composición del producto y a su uso o manipulación correcta.

El alcance del deber informativo ha sido analizado por alguna sentencia del Tribunal Supremo, aunque no constituye la razón del fallo. En efecto, en la STS 11, diciembre de 1996 (Ponente: Burgos y Pérez de Andrade) se reclamaba la responsabilidad del fabricante, al suministrador y al ayuntamiento por daños producidos a un menor por un petardo que, encendido, explotó al lado del niño en lugar de elevarse. Se reclama con base en el art. 1902 Cc, y el tribunal sostiene la absolución de los demandados por entender que no cabe imputarles negligencia en su actuación. En casación se declaran infringidos, entre otros, el art. 26 LGDCU, cuestión nueva que no es discutible en aquella instancia. Pero el TS afirma que el deber informativo referente a la correcta utilización del producto, los riesgos previsibles y el consumo adecuado es la premisa fundamental para que pueda derivarse la correspondiente indemnización; es decir, que los defectos de información suponen una conducta negligente, cuando se consiguen probar.

De manera similar, en la STS de 29 de mayo de 1993 (Ponente: González Poveda) se entiende decisiva la omisión de que un producto

tóxico no es apto para el uso doméstico, por entender que el consumidor desconocía el riesgo de uso. En este caso, se presume el nexo de causalidad entre la falta de información y el daño, además de la propia defectuosidad del producto<sup>35</sup>: se manipuló la sustancia en una cocina con el fuego encendido y no queda claro que el daño se produjese por una errónea manipulación del producto. La finalidad última del razonamiento parece no sustraerse al hecho de que el producto estaba destinado a un uso industrial, y, por ello, su etiquetado es menos exigente.

Además, el TS ha dado pautas acerca de la relación entre los defectos de información y la producción del daño. En efecto, no cualquier incumplimiento de la normativa de etiquetado puede suponer negligencia del fabricante y fundamento de su responsabilidad, si el defecto de información que origina en el consumidor no es útil a efectos de evitar el riesgo de su incorrecta manipulación. Así, en la STS de 22 de mayo de 2001 (Ponente, Gullón Ballesteros), se considera que la omisión de mencionar en la etiqueta del producto el exacto grado de concentración de ácido sulfúrico no implica negligencia del fabricante porque la peligrosidad del producto podía ser fácilmente conocida por el consumidor al constar que se trataba de un producto tóxico y aparecer en la etiqueta un pictograma con la calavera y las tibias cruzadas. En este caso se decide que el defecto de información no es útil al consumidor y por ello es irrelevante en la producción del daño.

Pero el razonamiento puede llevarse más lejos: La diligencia del empresario no se agota en el cumplimiento de las disposiciones aplicables al producto o servicio que se pone en el mercado, ya que existe un segundo módulo de la diligencia, que son «los demás cuidados y diligencias que exige al naturaleza del producto». Esta segunda diligencia se suma a la primera, de forma que puede resultar responsable el empresario aun cuando haya cumplido todas las previsiones reglamentarias aplicables al bien o servicio en concreto que ha causado el daño.

---

<sup>35</sup> Como pone de manifiesto PARRA LUCAN, “La responsabilidad...”, *op. cit.*, pág. 1282.

Este planteamiento obedece al hecho de que el legislador es consciente de que los requisitos de información al consumidor son mínimos y pueden dejar algunos aspectos fuera de su previsión; por ello, en sede de responsabilidad hay que atender también a las características del producto y a sus posibles riesgos, sin llegar nunca a exigir una diligencia exorbitante. Y ahí está, precisamente, el problema, en determinar qué riesgos vinculados a la naturaleza del producto debe prever y corregir – o bien asumir si no los ha evitado – el empresario.

Esta idea de la diligencia que precisa la naturaleza del producto ha sido aplicada por la STS 10 de junio de 2002 (Ponente: García Varela) en la que se condena al fabricante de gominolas por la muerte de un niño de tres años asfixiado al no poder tragarla, argumentado que no actúa diligentemente el empresario que pone en el mercado un producto que resulta peligroso, ya que resulta probado que el tamaño y la textura del caramelo resultan inapropiados para los niños pequeños. En este caso, la diligencia exige tener en cuenta los posibles riesgos del producto: existe conducta negligente por parte del fabricante porque, a pesar de cumplir la normativa reglamentaria aplicable al caso, no ha cumplido otro de los aspectos que indica el art. «los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto». Este planteamiento resulta extraño, pero no es ajeno a las circunstancias del caso. En efecto, existían diversos informes acerca de la peligrosidad de dicha golosina y la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha ordenó a las Delegaciones Provinciales de la Consejería la prohibición de la comercialización del caramelo. Finalmente el Instituto Nacional de Consumo emite un informe en el que afirma, en resumen, que el citado caramelo en contacto con la saliva cambia de textura dificultando la masticación, y constituye un serio peligro para la salud. En este caso, y como el fabricante hubiera alegado que había cumplido las disposiciones reglamentarias y que en ninguna se especificaba obligaciones acerca del tamaño o la consistencia de las gominotas, el TS entra en la consideración de que es obligación del fabricante verificar todos los posibles riesgos que el producto ofrezca para los consumidores, más allá de la normativa reglamentaria aplicable, en función de la naturaleza del producto, es decir, el hecho de que va destinado a un público infantil. En este sentido, la omisión culposa es



no haber realizado un control exhaustivo de los riesgos que puede comportar su consumo antes de la comercialización. ha considerado que existe conducta negligente por parte del fabricante porque, a pesar de cumplir la normativa reglamentaria aplicable al caso, no ha cumplido otro de los aspectos que indica el art. «los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto». La razón es que el legislador es consciente de que los requisitos de información al consumidor son mínimos y pueden dejar algunos aspectos fuera de su previsión, por ello, en sede de responsabilidad, hay que atender también a las características del productos y a sus posibles riesgos, sin llegar nunca a exigir una diligencia exorbitante.

Este planteamiento resulta extraño, pero no es ajeno a las circunstancias del caso. En efecto, existían diversos informes acerca de la peligrosidad de dicha golosina y la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha ordenó a las Delegaciones Provinciales de la Consejería la prohibición de la comercialización del caramelo. Finalmente el Instituto Nacional de Consumo emite un informe en el que afirma, en resumen, que el citado caramelo en contacto con la saliva cambia de textura dificultando al masticación, y constituye un serio peligro para la salud.

En este caso, y como el fabricante hubiera alegado que había cumplido las disposiciones reglamentarias y que en ninguna se especificaba obligaciones acerca del tamaño o la consistencia de las gominotas, el TS entra en la consideración de que es obligación del fabricante verificar todos los posibles riesgos que el producto ofrezca para los consumidores, más allá de la normativa reglamentaria aplicable, en función de la naturaleza del producto, es decir, el hecho de que va destinado a un público infantil. En este sentido, la omisión culposa es no haber realizado un control exhaustivo de los riesgos que puede comportar su consumo antes de la comercialización. Con todo, la pena se modera en atención a que se considera negligente la actuación del padre al no apreciar que el tamaño de la gominota era excesivo para un niño de tres años, y se la entregó entera.

Dentro de esta mención genérica a los cuidados que exija el producto entra lo que suele denominarse defecto de diseño, es decir, aquellos problemas que conlleva un producto fabricado en serie que

son inherentes a todos los elementos de esa serie y que apuntan al diseño o a la concepción del producto que lo hacen excesivamente arriesgado en su uso normal<sup>36</sup>. El TS no ha abordado esta cuestión como fundamento de su decisión; pero sí ha hecho referencia a este problema.

Así, en al STS de 19 de Septiembre de 1996, (Ponente: Barcala Trillo-Figueroa) sobre la muerte del hijo de los actores en un accidente de circulación. En el parte de la Guardia civil se afirma que el accidente se produjo sin intervención de otro coche, y que la causa más probable fue una indisposición o mareo del conductor. Meses más tarde el fabricante del vehículo se pone en contacto con los adquirentes recomendándole que acudan al servicio técnico para cambiar una determinada pieza que impide el correcto funcionamiento del sistema de frenado. En este caso, se supone que el propio productor se da cuenta de su conducta negligente y pretende corregir o prevenir los posibles daños. Sin embargo, el TS no enfoca su razonamiento con base en la exigencia del control de aquellos posibles riesgos que exija la naturaleza del producto; sino que fija su atención en el hecho de que la responsabilidad del fabricante es por culpa y no por el riesgo creado que es asumido por el consumidor. Cabe destacar, además, que en este caso existía un problema importante para fijar la relación de causalidad entre el accidente ocurrido y el posible fallo del vehículo por el defecto del sistema de frenado.

Otro ejemplo lo hallamos en la STS de 25 de junio de 1996 (Ponente: Barcala Trillo-Figueroa) acerca del diseño de una cuna en la que se atribuye negligencia al fabricante no haber dejado la distancia de seguridad entre las lamas del somier, que permitió que un bebé introdujera entre ellas la cabeza y muriera asfixiado. Pero no se indica en la argumentación que este tipo de diligencia se deriva de la naturaleza del producto.

---

<sup>36</sup> Cfr. SOLÉ FELIU, *op. cit.*, pág. 620 y ss. Como manifiesta el autor, el concepto de este tipo de defectos debe tener en cuenta el público al que se dirige y su posible nivel de especialización, porque la idea de "uso normal" no es única.

Estos ejemplos dejan ver que la jurisprudencia del TS ha analizado los requisitos acerca de la diligencia exigible al sujeto responsable de la LGDCU en la misma clave que la noción de producto defectuoso presente en la LRPD, y aceptando las categorías de los defectos de información y de diseño. Ello significa que, en parte, se ha superado la conflictiva relación entre las leyes en estudio, y que queda abierto el camino a la aplicación única de la LRPD en la responsabilidad por productos.

#### **4. La responsabilidad por servicios. El caso especial de los “servicios sanitarios”**

Tras la afirmación con la que cerramos el epígrafe anterior, es fácil deducir que el actual campo de aplicación del sistema de responsabilidad de la LGDCU se limita a la responsabilidad por servicios; es decir, el principal sujeto de su protección son los *usuarios*, a quienes gráficamente podemos señalar como los consumidores de un servicio, en la línea del art. 1.2 LGDCU. Así, aún a sabiendas que estas dos nociones de usuario y servicio son más inconcretas que la de consumidor, lo cierto es que el régimen de responsabilidad de los arts. 25 y ss. LGDCU también regulan la responsabilidad por la prestación de servicios defectuosos, como ya se desprende del propio tenor literal de los arts. 25 y 26, que mencionan directamente al usuario y al servicio. Además, no hay que olvidar que el art. 27 se refiere directamente a los suministradores que responden del “origen, idoneidad e identidad de la cosa”, y con esta expresión se tienen en cuenta de forma clara los prestadores de servicios.

Con todo, la aplicación del entramado de los arts. 25 y ss. a los servicios genera aún mayores problemas que en relación a los productos. Para empezar debe indicarse que con la responsabilidad por servicios defectuosos se hace referencia a la responsabilidad del prestador de servicios hacia el usuario por la no prestación, la prestación defectuosa o la prestación peligrosa del servicio. En este sentido, y de forma que aún más clara que en relación a los productos, nos hallamos muy a menudo en sede de responsabilidad contractual por incumplimiento o

cumplimiento defectuosos, en la que el sistema general del Cc es quizás más beneficioso para el consumidor<sup>37</sup>. Por ello, es mejor entender que la responsabilidad de la LGDCU al aplicarla a servicios está hablando de los daños y perjuicios ocasionados por la utilización de un servicio, dejando de lado las expectativas contractuales<sup>38</sup>. En efecto, en la prestación de servicios, una teoría unitaria del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso puede ser excesivamente complicada.

Por otra parte, las pautas de interpretación vienen condicionadas por la realidad de los temas que se han presentado ante el TS. Las reclamaciones por servicios defectuosos se han encuadrado en su mayoría en el art. 28, ya que se trataba de resoluciones sobre servicios sanitarios; de la misma forma de aquéllas que tratan sobre el suministro de energía, que hoy hay que considerar encuadradas en la LRPD, como ya se ha analizado. Eso significa que existe un cuerpo jurisprudencial sobre la LGDCU y la responsabilidad por servicios especialmente centrado en al responsabilidad sanitaria que aplica, y aún con titubeos, la responsabilidad objetiva que el art. 28 LGDCU define para este tipo de servicios.

En efecto, el art. 28.2 LGDCU incluye los llamados "servicios sanitarios" entre aquellos a los que se aplica el sistema de responsabilidad objetiva del primer párrafo de este artículo. Ciertamente, esta idea inicial tiene difícil encaje en la doctrina jurisprudencial del TS sobre la responsabilidad médica sustentada sobre la idea de que la obligación del médico o del personal sanitario en general es una obligación de medios<sup>39</sup>; por lo que la responsabilidad no es objetiva,

---

<sup>37</sup> QUINTANA CARLO, "La responsabilidad del empresario de servicios en la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios", *EC*, núm. Extraordinario, noviembre de 1987, pág. 52, y pág. 57 y ss..

<sup>38</sup> PARRA LUCÁN, "La responsabilidad por los servicios defectuosos: hacia una armonización de las legislaciones de los países miembros de la CEE", *EC*, núm. 17, pág. 72.

<sup>39</sup> Así, se suele entender que no se trata de conseguir un determinado resultado, sino que el médico contrae una obligación de medios, por lo que si no se produce el resultado normal, este hecho no podría considerarse como fundamento de responsabilidad. Por este motivo, se considera que es una responsabilidad en la que no tiene lugar la inversión de la carga de la prueba y corresponde al perjudicado probar el daño, la relación de causalidad y la culpa del médico;

sino por culpa. Además, la medida de la diligencia que cabe exigir al médico viene dada por la llamada “lex artis ad hoc” que supone un grado de diligencia superior a la del padre de familia en la que cada actuación médica es valorada en su contexto<sup>40</sup>. Esta opción que podemos tildar de clásica casa mal con la previsión del art. 28.2 LGDCU que establece una responsabilidad objetiva que el TS ha aplicado en algunos casos al considerar que se habían producido defectos de pureza, eficacia y seguridad en el servicio. Así, responde el hospital como prestador de servicios sanitarios en relación a infecciones contraídas o reactivadas en el medio hospitalario (SSTS 1 de julio de 1997; 21 de julio de 1997; y 9 de diciembre de 1998); y en relación a enfermedades derivadas de la hemodonación – VIH, hepatitis – (STS 22 de noviembre de 1999 y 24 de septiembre de 1999). También en casos de fallos en el instrumental usado o en el material implantado que, en realidad, apuntan la idea de la medicina como obligación de resultado en estos casos (SSTS 24 de septiembre de 1999 y 22 de noviembre de 1999). Y finalmente existe un grupo importante de sentencias que destacan que el daño producido supone un resultado anormal de la intervención sanitaria (SSTS 6 de mayo de 1998; 9 de junio de 1998; 29 de junio de 1999; 15 de septiembre de 2003 y 17 de noviembre de 2004). En ellas se valora especialmente que la única explicación al daño causado es la prestación defectuosa del servicio por parte del centro hospitalario, ya que el resultado dañoso es desproporcionado en relación con el riesgo asumido ante la intervención sanitaria.

En todos estos casos, sin embargo, el servicio sanitario condenado era público, y ello tiene ahora una espacial importancia. En efecto, desde la LRJPAC, y según disponen los arts. 145 y ss., la responsabilidad

---

<sup>40</sup> Sobre la responsabilidad médica en general, a parte de las obras reseñadas en los epígrafes siguientes y sin pretensión de ser exhaustiva, pueden consultarse: ATAZ LÓPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1985; FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad médica y hospitalaria*, Madrid, 1987; LLAMAS POMBO, *La responsabilidad del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, 1988; IZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad del profesional liberal*, Madrid, 1988; FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad*, Madrid, 1997; PLAZA PENADÉS, *El nuevo marco de la responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Pamplona, 2002.

de los servicios públicos se canaliza por la vía de la responsabilidad de la Administración por personal a su servicio y a través de la jurisdicción contencioso-administrativa. En la redacción originaria de la LRJPAC, este cambio de jurisdicción no imponía la aplicación de un diverso sistema de responsabilidad, o, como afirmaba GÓMEZ CALLE<sup>41</sup>, no conllevaba aplicar un diferente derecho sustantivo<sup>42</sup>, de forma que se ofrecía a los particulares dos vías para elegir: demandar a la Administración por los daños causados por el normal o anormal funcionamiento en función de la LRJPAC, o bien acudir a la responsabilidad por la defectuosa prestación de un servicio sanitario ex art. 28 LGDCU. La cuestión es distinta en la actualidad, ya que la reforma del art. 144 LRJPAC determina que en las reclamaciones contra la administración en las que ésta actúe en relaciones de derecho privado se regirán por lo dispuesto en el art. 139 y ss. de esa misma ley. Así, como afirma PARRA LUCÁN<sup>43</sup>, no sólo se ha unificado el régimen procesal, sino también el derecho material aplicable. Con todo, no cabe olvidar que los servicios públicos – y también los servicios públicos sanitarios – entran en el ámbito de aplicación de la LGDCU<sup>44</sup>, tal como se desprende del art.1.2. Esto significa que, desde la entrada en vigor de la LRJPAC, sólo los servicios sanitarios privados entraran dentro del ámbito de la LGDCU y que, salvo error de la autora, el TS sólo determinó la responsabilidad de un centro sanitario privado por la vía del art. 28.2 LGDCU en la es la STS de 19 de junio de 2001 (Ponente: Almagro Nosete).

En otro orden de cosas, debe tenerse en cuenta que el régimen de la LGDCU coexiste con otros específicos para la prestación de servicios, de forma que el consumidor puede elegir. De momento, y al filo de

---

<sup>41</sup> GÓMEZ CALLE, E., "El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario", *ADC*, 1998-IV, pág. 1728 y 1754 y ss.

<sup>42</sup> En el mismo sentido se habían pronunciado BERCOVITZ, comentario..., *op. cit.*, págs. 722 y 723; GÓMEZ CALERO, *Responsabilidad por productos defectuosos*, Madrid, 1996, págs. 28 y 29.

<sup>43</sup> PARRA LUCÁN, M.A., comentario a la sentencia de 5 de octubre de 1999, CCJC, enero-marzo de 2000, pág. 229.

<sup>44</sup> Para este tema, cfr. el comentario al art. 1 LGDCU.

esta situación complicada surgen regulaciones sectoriales que determinan la responsabilidad en el marco de ciertas prestaciones de servicios, por ejemplo las agencias de viaje – Ley 21/1995, de 6 de junio reguladora de los viajes combinados –; la construcción de viviendas por lo que se refiere a ciertos defectos – Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación –; los prestadores de servicios de la sociedad de la información – Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Pero en cualquier caso y de lege data, debemos recordar que las normas de la LGDCU son generales y aplicables a cualquier prestación de servicio, aunque tenga un ámbito de responsabilidad regulado en una ley especial: la elección continúa siendo del usuario. Por otra parte, y como hemos visto en el epígrafe anterior, desde la entrada en vigor de la LRPD, es la responsabilidad por servicios el ámbito propio de la LGDCU, aunque quizás el conjunto de normas resulte de complicada aplicación a esta realidad. Todavía más, una posible unificación a nivel comunitario sobre la responsabilidad por servicios defectuosos está muy lejos<sup>45</sup>.

## **5. La responsabilidad por los productos defectuosos en la prestación de un servicio**

Al lado de los casos de responsabilidad por servicios, debemos encuadrar dentro de la LGDCU la responsabilidad por producto en el marco de la prestación de un servicio, en la que el daño se causa por el producto utilizado por el prestador del servicio, que incluye algunos

---

<sup>45</sup> Hubo un intento de armonización de la materia en 1991, con una propuesta de Directiva sobre responsabilidad por servicios defectuosos presentada por al Comisión el 9 de noviembre de 1990 (DOCE C 12/8), que no llegó a tramitarse. En la actualidad, la Resolución del Consejo de 1 de diciembre de 2003 sobre seguridad de los servicios prestados a los consumidores (DOCE C 299) hace mención expresa a que “el texto no abarca el tema de la responsabilidad de los proveedores de servicios, que se estudia de forma separada en el contexto de del análisis actual del funcionamiento de los sistemas nacionales de seguridad” (pár 4). El tema es complicado por que no parece fácil conciliar todos los intereses en juego.

matices en la expuesto hasta ahora. Lo veremos analizando las sentencias del TS que se han ocupado de este asunto.

En efecto, esta vía se ha utilizado en algunos casos relacionados con dos productos en concreto: los productos farmacéuticos y los productos alimenticios; quizás por la ventaja que suponía acudir al art. 28 LGDCU, que determina una responsabilidad objetiva en estos productos. Ello no obstante, no es común en caso de productos farmacéuticos optar por esta vía, sino que a menudo se opta por demandar al centro hospitalario en caso de fallos en el instrumental utilizado. Así, en la STS de 22 de noviembre de 1999 (Ponente: O'Callaghan Muñoz) se demanda al centro hospitalario y al fabricante, por la rotura de un catéter que se aloja en el cuerpo de la víctima, pero se exonera al segundo por considerar que falla el nexo de causalidad. En la STS de 24 de septiembre de 1999, (Ponente: Villagómez Rodil) se reclama contra el centro de planificación familiar que implantó un DIU a la paciente, por el embarazo posterior y en este caso de condena solidariamente a ambos. Finalmente, sorprende la STS de 15 de noviembre de 2000 (Ponente: García Varela), en la que se enjuicia también la rotura de un catéter, y se condena al fabricante no por la vía directa del art. 28 LGDCU, sino acudiendo al art. 26 y a la conducta negligente<sup>46</sup>.

En realidad, estas sentencias han sido casos en los que el TS ha aplicado el art. 28 LGDCU precisamente porque resultaba obvio que había habido un problema en la intervención del centro hospitalario que permitía advertir que el servicio se había prestado de forma defectuosa, pero sin entrar a valorar que el defecto pudiese provenir de una producto suministrado con ocasión de aquel servicio, y que pudiese existir otro responsable que no fuera el prestador del servicio. Esta idea pone sobre la mesa otro tema importante en relación a los productos farmacéuticos, y es si continúan sometidos al ámbito de vigor de la LGDCU. No parece haber discusión cuando se trata de productos farmacéuticos suministrados directamente al consumidor, pues en relación a ellos ha LRPD ha desplazado la aplicación de la LGDCU<sup>47</sup>. Sin

---

<sup>46</sup> Cfr. la reseña de esta sentencia en el comentario al citado art. 26.

<sup>47</sup> Cfr. el comentario al art. 25.



embargo, cuando se trate de productos defectuosos suministrados en el marco de una prestación de servicios sanitarios, parece que la vía puede continuar siendo la del art. 28 LGDCU, y su sistema de responsabilidad objetiva<sup>48</sup>.

En cambio, el caso concreto de la defectuosidad de un producto utilizado durante la prestación de un servicio aparece contemplado, aunque tangencialmente, en la STS de 28 de diciembre de 1998 (Ponente: Sierra Gil de la Cuesta). En ella se condena al centro hospitalario por negligencia en la prestación del servicio al amparo del 1902 Cc, por haber infectado del virus del SIDA a una paciente, hecho que le provocó la muerte. En ella, sin embargo, se apunta que los productos farmacéuticos suministrados con ocasión de la prestación de un servicio médico se someten también a las normas de responsabilidad objetiva del art. 28 LGDCU. En otro caso, la responsabilidad objetiva del art. 28 LGDCU se aplica en una demanda contra unos laboratorios farmacéuticos por haber suministrado un medicamento que contenía el virus de la hepatitis C y contagió a un paciente (STS de 5 de octubre de 1999, Ponente: O'Callaghan Muñoz). Esta sentencia se comenta en el art. 28, junto con las otras que tratan de responsabilidad por el contagio de enfermedades.

También podemos encontrar dos sentencias que analizan la defectuosidad de un alimento suministrado en el marco de un contrato de prestación de servicios que resulta ser defectuosos. Son reclamaciones contra bares y restaurantes en calidad de prestador de servicio, que se mantienen todavía en el ámbito de vigor de la LGDCU: STS de 18 de marzo de 1995, Ponente: Villagómez Rodil; y STS de 24 de julio de 2001, (Ponente: Marín Castán). En la STS de 18 de marzo de 1995 (Ponente: Villagómez Rodil) se responsabiliza al restaurante en el que se sirvió una zarzuela de pescado y todos los comensales se intoxicaron. Queda claro que entre el restaurante y los clientes existe un contrato atípico de naturaleza civil en el que se suministra alimentos en el marco de una prestación de servicios, y que no entra dentro de la idea

---

<sup>48</sup> En la misma línea GÓMEZ CALLE, *op. cit.*, pág. 1988 y 1989; y también MARÍN LÓPEZ, comentario a al STS de 15 de noviembre de 2000, CCJC, 56, pág. 485.

de compraventa mercantil. Por este motivo, puede responsabilizarse al restaurante de que se ofrezca pesco en malas condiciones por la vía del incumplimiento contractual.

En la segunda, la STS de 24 de julio de 2001 (Ponente: Marín Castán), se trata de la responsabilidad por los daños causados a un menor que bebió una botella de mosto en un bar en la que se contenía un detergente altamente tóxico. En este caso, se trata de determinar si la sustancia dañosa se encontraba en la botella antes de abrirla – lo que determinaría la responsabilidad del fabricante por producto defectuoso; o si había sido manipulada por el dueño del bar. La cuestión no parece probada, pero el TS presume la propia relación de causalidad, y condena a ambos solidariamente. Cabe concluir que esta no es la vía más utilizada en las reclamaciones de responsabilidad.

Para finalizar, no parece excesivo concluir que el sistema español para regular la responsabilidad por productos y servicios cuando el perjudicado es un consumidor es complicado y ofrece diferentes puntos de fricción. En primer lugar, y por lo que se refiere a la responsabilidad por productos, la coexistencia LRPD-LGDCU no parece ser positiva, especialmente si tenemos en cuenta la aplicación confusa que de ambas ha hecho la jurisprudencia. En segundo lugar, la existencia de un régimen dual de responsabilidad por productos o por servicios no ofrece dificultades de entrada; es más, es deseable por la distinta problemática que ofrecen. Aunque, llegados a este punto, la pregunta debe ser si es posible y/o necesario un sistema unitario de responsabilidad por servicios, que se usa poco en la práctica o si sería preferible la existencia de sistemas sectoriales en función del tipo de servicio.



**EL CARÁCTER VINCULANTE  
DE LAS DECLARACIONES PÚBLICAS  
EN LA VENTA DE BIENES DE CONSUMO  
(EN LA DIRECTIVA 1999/44/CE).**

**MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ\***

Profesor Titular de Derecho Civil  
Centro de Estudios de Consumo\*\*  
Universidad de Castilla-La Mancha,  
España

**Sumario:** I. Cumplimiento y conformidad del bien con el contrato en la Directiva 1999/44/CE. II. Los criterios de conformidad. III. Las declaraciones públicas como criterio de conformidad. IV. Presupuestos de la vinculación del vendedor por las declaraciones públicas. V. Límites a la integración de las declaraciones públicas en el contrato. VI. Regulación en derecho español y en derecho portugués.

**I. Cumplimiento y conformidad del bien con el contrato en la Directiva 1999/44/CE.**

El 25 de mayo de 1999 el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea aprobaron la Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

---

\* Manuel.Marin@uclm.es

\*\* www.uclm.es/cesco

La finalidad perseguida por el legislador europeo es doble. Por una parte, se pretende mejorar el funcionamiento del mercado interior<sup>1</sup>. Por otra, garantizar un alto nivel de protección del consumidor. Ambos objetivos reciben un reconocimiento expreso en el art. 1.1 de la Directiva.

El propio título de la Directiva ilustra con claridad cuál es el ámbito material objeto de regulación: la venta y las garantías de los bienes de consumo. Pero el tratamiento que se hace de la venta y las garantías no es completo, pues la Directiva sólo disciplina “determinados aspectos” de los mismos. En cuanto a la venta de bienes de consumo, sólo regula aquel punto donde la Comisión Europea considera que la protección de los consumidores hace más perentoria una regulación uniforme dentro del Mercado Común: el cumplimiento por el vendedor de entregar una cosa que sea conforme con el contrato celebrado. Los demás “aspectos” de la venta de bienes de consumo, no tratados en la Directiva, continuarán siendo regulados, de manera exclusiva, por la normativa nacional de los Estados miembros. Por lo que a la garantía comercial se refiere (garantía, sin más, en la terminología de la Directiva), se regula en un único precepto, el artículo 6, aunque su definición se contiene en el artículo 1.2.e). Conviene advertir que esta norma no obliga a vendedores y/o productores a conceder garantía comercial<sup>2</sup>. Se limita a establecer que el garante queda obligado por la garantía por él ofrecida en las condiciones que constan en el documento de garantía o en la publicidad (art. 6.1). Y contiene alguna previsión respecto al contenido mínimo de la garantía (art. 6.2) y a la forma que debe adoptar (art. 6.3).

Dispone el art. 2.1 de la Directiva que “el vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa”, y el art. 3.1 añade que “el vendedor responderá ante el

---

<sup>1</sup> De hecho, la Directiva se adopta con apoyo en el artículo 95 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, cuyo fin es conseguir la aproximación de las normas de los Estados que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

<sup>2</sup> S. GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht – das Europäische Recht der Unternehmensgeschäfte*, Berlin, New York, 1999, pp. 291; K. TONNER, “Verbrauchsgüter-Richtlinie und Europäisierung des Zivilrechts”, *BB*, 1999, pp. 1772.

consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien”. La asunción por la Directiva del principio de conformidad del bien con el contrato constituye uno de los aspectos más importantes de la misma. Y ello porque, a pesar de lo que lo propia Directiva establece en su Considerando n.º 7<sup>3</sup>, lo cierto es que en muchos países de la Unión Europea el principio de conformidad es un principio desconocido, no sólo en cuanto a su nombre, sino también en lo que concierne a la concepción de la responsabilidad del vendedor que asume. En efecto, el concepto de incumplimiento que se maneja en los distintos Estados miembros no es siempre coincidente. Más bien al contrario, existen importantes diferencias<sup>4</sup>. Y ello es especialmente palpable en sede de compraventa. Así, en los Códigos latinos existe, por influencia del derecho romano, una regulación específica sobre el saneamiento por vicios o defectos ocultos (las acciones edilicias), que difiere de la normativa general del incumplimiento, y que se aplica a un tipo concreto de incumplimiento: los vicios o defectos ocultos en el bien. Hoy en día, es claro que el mantenimiento de este sistema dual (régimen general de incumplimiento, régimen especial de saneamiento por vicios ocultos) no tiene sentido. Estas dificultades no se plantean en el derecho anglosajón, donde el concepto de *breach of contract* incluye también la entrega de bienes con vicios o defectos.

Con buen criterio, la Directiva 1999/44/CE se ha decantado por el sistema anglosajón. Se define de manera amplia el incumplimiento del vendedor, en la medida que se considera como tal cualquier falta de conformidad del bien con el contrato. El vendedor está obligado a entregar un bien que sea conforme al contrato (art. 3.1), por lo que incumplirá esta obligación cuando el bien no sea conforme. La noción de “vicios ocultos”, y el consiguiente establecimiento de un específico régimen de incumplimiento, desaparece del cuerpo legal.

---

<sup>3</sup> Donde afirma que “el principio de conformidad con el contrato puede considerarse como una base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales”.

<sup>4</sup> Sobre el particular, A. CARRASCO PERERA, “Failure, breach and non-conformity in contracts. A Spanish and European approach”, en S. ESPIAU ESPIAU/A. VAQUER ALOY (Ed.), *Bases de un derecho contractual europeo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003, pp. 301 y ss.

En este punto el legislador comunitario ha tomado como modelo la Convención de Viena, en concreto, su art. 35<sup>5</sup>, que también acoge el principio de conformidad del bien. Sin embargo, no es éste el único texto que ha influido en la norma comunitaria, pues también es perceptible cierto influjo del nuevo Código Civil holandés (en concreto, art. 7:17)<sup>6</sup>, del derecho inglés (arts. 13 a 15 *Sale of Goods Act 1979*), y de los derechos nórdicos: art. 16(1) de la Ley sueca de compraventa de bienes de consumo de 1990 –KKL–; art. 12(1) del Capítulo 5 de la Ley finlandesa de protección de los consumidores de 1978 –KulutSL–; y arts. 42 y 76 de la Ley danesa de compraventa de bienes de 1980 –KbL–<sup>7</sup>. Asumen igualmente un concepto amplio de incumplimiento los Principios de Derecho Contractual Europeo (art. 8:101) y los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (art. 7.1.1).

En fin, si se parte de la base de que la conformidad del bien con el contrato no es otra cosa que la adecuación, correspondencia o identidad entre el objeto y las características pactadas y lo efectivamente entregado al comprador, cabe identificar este concepto amplio de conformidad con el de exacto cumplimiento del contrato. Así lo ha entendido la generalidad de la doctrina<sup>8</sup>. Del mismo modo, aunque en sentido contrario, puede equipararse la falta de conformidad con el incumplimiento, entendido en sentido amplio.

---

<sup>5</sup> “El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato”.

<sup>6</sup> M. TENREIRO, “La proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation”, *REDC*, 1996, pp. 198.

<sup>7</sup> S. GRUNDMANN/C. M. BIANCA, *EU-Kaufrechtsrichtlinie*, Köln, V. Otto Schmidt, 2002, pp. 133, Rn. 1.

<sup>8</sup> M. CASTILLA BAREA, “La determinación de la «falta de conformidad» del bien con el contrato a tenor del art. 3.1 del Proyecto de Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo (I Parte)”, *AC*, 2002-III, pp. 2601; M. TENREIRO, “La proposition...”, *cit.*, pp. 196; J. MARCO MOLINA, “La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 199/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías sobre bienes de consumo”, *RCDI*, 2002, n.º 674, pp. 2300. Para J. AVILÉS GARCÍA, la conformidad “no viene a ser

Como falta de conformidad hay que reputar, en primer lugar, la entrega de un bien con vicios o defectos materiales. Se trata, sin duda, del supuesto típico. Pero dada la amplia concepción del incumplimiento que se contiene en la Directiva, hay que considerar también como supuestos de falta de conformidad, a pesar del silencio del legislador, los siguientes: la falta de entrega del bien<sup>9</sup>, la entrega de una cosa distinta de la pactada (*aliud pro alio*)<sup>10</sup>, el defecto de calidad o de

---

otra cosa que la adecuación material de lo entregado por el vendedor a las exigencias y criterios de interpretación dados por la Directiva, pero también a las propias exigencias marcadas por la voluntad de las partes en el contrato” (“Problemas que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo”, *Act. Civ.*, 2000, n.º 32, pp. 1189). Para MORALES MORENO, “el concepto de conformidad (falta de conformidad) de la mercancía... permite agrupar bajo ella un conjunto de problemas relativos al exacto cumplimiento del contrato de compraventa” (en L. Díez-PICAZO (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 292). Por su parte, L. A. SANZ VALENTÍN define la conformidad como “la necesaria correspondencia o adecuación entre lo estipulado por las partes en el contrato y las prestaciones efectivamente llevadas a cabo por cada una de ellas. En el ámbito concreto que nos ocupa, esto es, en el ámbito de la compraventa, la conformidad implica que tanto las características, como el estado y el destino de la cosa entregada, se han de corresponder con lo pactado por las partes” (“La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo”, *Act. Civ.*, 1999, n.º 3, pp. 1079).

<sup>9</sup> J. MARCO MOLINA, “La garantía legal...”, *cit.*, pp. 2300, nota a pie 90; A. CARRASCO PERERA, “Failure, breach...”, *cit.*, pp. 305.

<sup>10</sup> Así, A. CARRASCO PERERA/E. CORDERO LOBATO/P. MARTÍNEZ ESPÍN, “Transposición de la Directiva Comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo”, *EC*, 2000, n.º 52, pp. 127; J. AVILÉS GARCÍA, “Problemas...”, *cit.*, pp. 1192; M. P. GARCÍA RUBIO, “La transposición de la Directiva 1999/44/CE al derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo”, *La Ley*, n.º 5747, de 26 de marzo de 2003, pp. 4; G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L’ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 2000, pp. 131; N. REICH, “Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in das deutsche Recht”, *NJW*, 1999, pp. 2400; A. HÄNLEIN, “Die Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter”, *DB*, 1999, pp. 1643; W. LEHR/H. WENDEL, “Die EU-Richtlinie über Verbrauchsgüterkauf und –garantien. Auswirkungen auf Handel und Produzenten”, *EWS*, 1999, pp. 323; J. SCHMIDT-RÄNTSCH, “Gedanken zur Umsetzung der kommenden Kaufrechtsrichtlinie”, *ZEuP*, 1999, n.º 2, pp. 300; A. SCHWARTZE, “Sachprobleme für die



cantidad<sup>11</sup>, y que el bien no esté embalado o envasado adecuadamente<sup>12</sup>. La Directiva contempla un último tipo de falta de conformidad: la que resulta de la incorrecta instalación de un bien de consumo (art. 2.5). Esta falta de conformidad se equipara a la falta de conformidad del bien cuando la instalación está incluida en el contrato de compraventa y ha sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, o cuando está previsto que la instalación la realice el propio consumidor, y es éste quien efectivamente la lleva a cabo, siendo la instalación defectuosa a causa de un error en las instrucciones de instalación.

## II. Los criterios de conformidad.

Los criterios de determinación de la conformidad del bien con el contrato se contienen en el art. 2.2 Directiva. Este precepto comienza estableciendo una presunción de conformidad del bien con el contrato. En efecto, dispone que “se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato”, enumerando a continuación cuatro supuestos de conformidad. De la lectura del precepto parece deducirse que intro-

---

Umsetzung aus Genese, Inhalt und Dogmatik der Richtlinie über Verbraucherkäufe”, en M. SCHERMAIER (Coord.), *Verbraucherkauf in Europa. Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/CE*, München, Sellier, 2003, pp. 135; M. C. BIANCA, “Consegna di *aliud pro alio* e decadenza dai rimedi por omessa denuncia nella direttiva 1999/44/CE”, *Contr. Impr./Eur.*, 2001, pp. 16 y ss.; R. FADDA, “Il contenuto della direttiva 1999/44/CE: una panoramica”, *Contr. Impr./Eur.*, 2000, pp. 422; A. LUMINOSO, “Appunti per l’attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita”, *Contr. Impr./Eur.*, 2001, pp. 86; A. CARRASCO PERERA, “Failure, breach...”, *cit.*, pp. 305.

<sup>11</sup> Así, A. CARRASCO PERERA/E. CORDERO LOBATO/P. MARTÍNEZ ESPÍN, “Transposicion...”, *cit.*, pp. 127; L. A. SANZ VALENTÍN, “La Directiva...”, *cit.*, pp. 1080; M. P. GARCÍA RUBIO, “La transposición...”, *cit.*, pp. 4; G. DE CRISTOFARO, *Difetto...*, *cit.*, pp. 131; M. TENREIRO, “La proposition...”, *cit.*, pp. 197. En contra, sin embargo, W. KIRCHER, “Zum Vorschlag für eine Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und – garantien”, *ZRP*, 1997, pp. 291.

<sup>12</sup> Expresamente recogido en el art. 35.1 de la Convención de Viena y en algunos Estados miembros; por ejemplo, en Suecia [art. 16(2)(4) KKL] o en Finlandia [art. 12(1) del Capítulo 5 KulutSL].

duce una presunción legal que afecta al reparto de la carga de la prueba acerca de la presencia de una falta de conformidad en el bien. Así, se presume que el bien es conforme, esto es, que no tiene defectos. De modo que la presunción favorece al vendedor, que queda exonerado de probar su correcto cumplimiento.

Esta tesis no puede mantenerse. La presunción del art. 2.1 Directiva en modo alguno contiene una norma relativa a la carga de la prueba sobre la falta de conformidad. No se trata de una presunción sobre la conformidad (o no) del bien al contrato, que indique quién tiene que probar los hechos de los que deriva la aplicación de los criterios legales<sup>13</sup>. La carga de la prueba sobre la existencia del defecto no es regulada en este precepto, por lo que su régimen queda sometido a lo que disponga el derecho nacional de los Estados miembros. La presunción tiene que ver con el contenido del contrato. Así, se presume que las partes han querido que el bien vendido tenga unas determinadas características. En concreto, se presume que el bien debe tener las características o los estándares de calidad que se derivan de los cuatro criterios del art. 2.2 Directiva. Así entendida, se trata de una presunción que favorece al consumidor, pues no tendrá que demostrar que lo previsto en el art. 2.2 Directiva ha sido pactado expresamente<sup>14</sup>. Por ejemplo, el consumidor no tendrá que probar que en el contrato se pactó que el bien debería servir para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo, o que debe tener la calidad habitual de un bien del mismo tipo. El art. 2.2 Directiva presume que existe un pacto de ese contenido, por lo que el consumidor queda liberado de su prueba. Por esta razón, es más correcto hablar de criterios de conformidad.

Por otra parte, el hecho de que la normativa comunitaria no mencione el posible pacto entre comprador y vendedor sobre los criterios relevantes para decidir si el bien entregado es o no conforme al contrato no significa, sin más, que no sea factible un acuerdo de este tipo. Más bien al contrario. En consecuencia, a pesar de que expresamente no se

---

<sup>13</sup> S. GRUNDMANN/C. M. BIANCA, *EU-Kaufrechts-Richtlinie...*, cit., pp. 144, Rn. 17.

<sup>14</sup> S. PATTI, en S. PATTI, *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 75.

alude a ello en el art. 2.2 de la Directiva, las partes pueden pactar en el contrato los parámetros de conformidad del bien. De este modo, es el programa obligacional pactado en el contrato de compraventa el primer criterio que debe tomarse en consideración para valorar la conformidad o no del bien<sup>15</sup>. Si en el programa contractual consta de manera minuciosa y pormenorizada la prestación debida por el vendedor, a él habrá de estarse. Si la prestación comprometida por el vendedor queda plenamente delimitada, sin ningún género de dudas, en el programa contractual, no es necesario acudir a ningún otro elemento ajeno a las previsiones de las partes para determinar la conformidad o no conformidad del bien con el contrato, ni a los criterios legales contenidos en el art. 2.2 de la Directiva.

La Directiva no contiene una previsión expresa sobre este aspecto, pero sí admite el papel preeminente de la autonomía de la voluntad en sus Considerandos. Así, el Considerando n.º 7 dice que “los bienes deben ante todo corresponder a las especificaciones contractuales”; y en el Considerando n.º 8 se dispone que la presunción de conformidad “no limita el principio de libertad contractual de las partes”, y que “a falta de cláusulas contractuales concretas..., los elementos mencionados en la presunción podrán utilizarse para determinar la falta de conformidad de los bienes con el contrato”. En todo caso, hubiera sido conveniente incluir en el texto de la Directiva una referencia expresa a la voluntad de las partes como primer criterio para valorar la conformidad del bien<sup>16</sup>. Así lo han hecho algunos Estados miembros al incorporar la Directiva (por ejemplo, Luxemburgo).

---

<sup>15</sup> J. AVILÉS GARCÍA, “Problemas...”, *cit.*, pp. 1189; M. CASTILLA BAREA, “La determinación... (I)”, *cit.*, pp. 2602; L. A. SANZ VALENTÍN, “La Directiva...”, *cit.*, pp. 1081; A. ORTÍ VALLEJO, *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Granada, Comares, 2002, pp. 61; A. CARRASCO PERERA, “Failure, breach...”, *cit.*, pp. 305; S. GRUNDMANN/C. M. BIANCA, *EU-Kaufrechts-Richtlinie...*, *cit.*, pp. 146, Rn. 20; G. DE NOVA, “La recepzione della direttiva sulle garanzie nella vendita dei beni de consumo: vincoli, ambito di applicazione, difetto di conformità”, en AAVV, *L’attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa*, Milano, Cedam, 2002, pp. 41.

<sup>16</sup> J. AVILÉS GARCÍA, “Problemas...”, *cit.*, pp. 1189.

En definitiva, las partes pueden libremente, mediante pactos contractuales, establecer las características, cualidades o prestaciones que ha de tener el bien vendido. Si existen pactos, a ellos habrá de estarse. Sin embargo, lo habitual es que en las compraventas de bienes de consumo no existan pactos de este tipo, o si existen, que afecten únicamente a algunos extremos concretos. En tales casos, es preciso acudir a otra serie de parámetros que aclaren o indiquen con más o menos fiabilidad la auténtica voluntad de las partes. Estos parámetros de referencia o criterios de integración son las presunciones de conformidad establecidas en el art. 2.2 Directiva.

Dispone el art. 2.2 Directiva lo siguiente: “Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si: a) se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo; b) son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso; c) son aptos para los usos a que ordinariamente se destinen bienes del mismo tipo; d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado”.

En la elaboración de estos criterios, el legislador comunitario se ha inspirado en el art. 35 CV<sup>17</sup>, y en algunas recientes disposiciones contenidas en las normas nacionales europeas<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Así lo reconoce abiertamente la Comisión, según consta en la Exposición de motivos que acompaña a la presentación de la Propuesta de Directiva de 1996 [COM (95) 520 final, pp. 11].

<sup>18</sup> En concreto, nos referimos a las sections 13 a 15 de la inglesa *Sale of Goods Act 1979*; a los arts. 7:17 y 7:18 del Código Civil holandés; arts. 76 y 77 de la danesa KbL; arts. 17 a 21 de la Ley sueca de compraventa de bienes muebles; y los arts. 16 a 19 de la sueca KKL.

Como ya se ha señalado, a pesar de que la norma comunitaria no aclara cuál es la función de los criterios de conformidad del art. 2.2, se trata de reglas legales de integración del contrato, que sirven para colmar su contenido. Entran en juego cuando la determinación del contenido del contrato no pueda hacerse atendiendo a las cláusulas contractuales concretas. En consecuencia, los criterios legales de conformidad se presentan con un carácter supletorio respecto a las previsiones específicas de las partes<sup>19</sup>. Sin embargo, no creo que todas las situaciones contempladas en el art. 2.2 Directiva sean realmente y siempre criterios supletorios aplicables en defecto de pacto específico de las partes<sup>20</sup>. En efecto, algunos de ellos lo que hacen es dar relevancia a elementos que declaran (no suplen) la voluntad de las partes, una voluntad que los contratantes no han manifestado de manera expresa, por considerar que ya era suficientemente clara habida cuenta de los elementos que la vierten al exterior. Eso es lo que sucede con las características que se extraen del bien presentado como muestra o modelo al consumidor [art. 2.2.a)], o con las pregonadas por la publicidad o el etiquetado [art. 2.2.d)]. Estos criterios no suplen la ausencia de pacto entre los contratantes, sino que son la manifestación concreta de ese pacto. Algo parecido ocurre con el art. 2.2.b). Este criterio no puede funcionar al margen del acuerdo sobre el uso especial que el consumidor pretenda dar al bien. Sólo opera cuando existe un pacto concreto sobre ese uso especial, de donde resulta igualmente que la "presunción" del art. 2.2.c) no tiene carácter supletorio. Otros criterios, en cambio, sí son estrictamente supletorios, en la medida en que funcionan cuando las partes no han expresado su voluntad por ningún cauce. Así sucede con los contenidos en las letras c) y d) del art. 2.2, cuando presumen la conformidad del bien si es apto para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo, o si presenta la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo.

---

<sup>19</sup> Así lo entiende la generalidad de la doctrina: J. AVILÉS GARCÍA, "Problemas...", *cit.*, pp. 1189; L. A. SANZ VALENTÍN, "La Directiva...", *cit.*, pp. 1081.

<sup>20</sup> M. CASTILLA BAREA, "La determinación... (I)", *cit.*, pp. 2604 y 2605.

Se ha afirmado que el concepto de conformidad del bien con el contrato acogido por la Directiva tiene un marcado carácter subjetivo<sup>21</sup>. El legislador comunitario ha preferido asumir una concepción subjetiva de la conformidad del bien, al modo en que se contiene en la Convención de Viena, y por eso se ha separado de su inicial intención manifestada en el Libro Verde de acoger un criterio objetivo basado en las legítimas expectativas del consumidor. Con ser esto cierto, la verdad es que entre los parámetros establecidos en el art. 2.2 de la Directiva hay algunos que responden a criterios objetivos o abstractos [las letras c) y d)], mientras que otros tienen un claro fundamento subjetivo [las letras a) y b)]. En todo caso, el elenco de presunciones de conformidad está mejor sistematizado en la Directiva que en los textos que le han servido de modelo<sup>22</sup>. Y ello porque se recogen en primer lugar los criterios basados en previsiones contractuales expresas (letras a y b), que conforman las faltas de conformidad subjetivas; y después los criterios que proceden de previsiones implícitas o tácitas (letras c y d), que serían las faltas de conformidad objetivas<sup>23</sup>. Lo que sí resulta criticable es la redacción de la letra d), en la medida en que contiene, en pureza, dos presunciones distintas, la primera basada en criterios objetivos y la segunda en criterios subjetivos.

Los distintos criterios de conformidad del art. 2.2 Directiva se aplican de manera cumulativa<sup>24</sup>. Con ello quiere decirse que cabe la

---

<sup>21</sup> G. DE CRISTOFARO, *Difetto...*, cit., pp. 71; P. SCHLECHTRIEM, "Die Anpassung des deutschen Rechts an die Klausel-Richtlinie und den Richtlinienvorschlag zum Verbraucherkaufrecht", *ZSR*, 1999, pp. 342.

<sup>22</sup> Art. 35 CV.

<sup>23</sup> A. ORTÍ VALLEJO, *Los defectos...*, cit., pp. 62.

<sup>24</sup> S. GRUNDMANN/C. M. BIANCA, *EU-Kaufrechts-Richtlinie...*, cit., pp. 145, Rn. 19; J. LETE ACHIRICA, "La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 25 de mayo de 1999 y su transposición en el Derecho Español", *Act. Civ.*, 1999, n.º 4, pp. 1365; A. ORTÍ VALLEJO, *Los defectos...*, cit., pp. 63; A. CARRASCO PERERA/E. CORDERO LOBATO/P. MARTÍNEZ ESPÍN, "Transposicion...", cit., pp. 128; L. A. SANZ VALENTÍN, "La Directiva...", cit., pp. 1081; F. GÓMEZ, "Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica", *InDret*, 2001, Paper núm. 66, pp. 16; G. DE CRISTOFARO, *Difetto...*, cit., pp. 73; G. AMADIO, "Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche", *Riv.*

aplicación simultánea de varios de estos criterios, en la medida que todos ellos constituyen mecanismos de integración del contenido del contrato y establecen características, cualidades o calidades que la cosa debe poseer para ser considerada conforme al contrato. Su aplicación es acumulativa siempre que el criterio de conformidad de que se trate sea susceptible de ser utilizado<sup>25</sup>. Si uno o varios de los criterios del art. 2.2 no puede utilizarse en el caso concreto, por no darse los presupuestos necesarios para ello, ello no empece la utilización de los demás. Piénsese, por ejemplo, en la venta de un bien en la que no se presenta al consumidor una muestra o modelo, y tampoco existe pacto concreto sobre un uso especial que el consumidor pretende darle. En tal caso no podrá integrarse el contrato conforme a las presunciones de las letras a) y b), pues no concurre el supuesto de hecho de los criterios ahí contenidos. Habrá que tomar en consideración los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo (letra c), la calidad y las prestaciones habituales que el consumidor puede fundadamente esperar de un bien de ese tipo, y en su caso, las declaraciones públicas efectuadas sobre las características concretas de este bien (letra d). Como certeramente indica el Considerando n.º 8 de la Directiva, “cuando por las circunstancias de cada caso un elemento particular sea manifiestamente inadecuado, seguirán siendo aplicables, sin embargo, los elementos restantes de la presunción”.

En otras ocasiones, lo que sucede es que la aplicación conjunta de dos presunciones de conformidad no es posible, por ser incompatibles<sup>26</sup>. Así, si el consumidor informa al vendedor que el bien va a ser destinado a un uso especial y el vendedor admite que el bien es apto para ese uso (letra b), no podrá acudir a los usos ordinarios de un bien del mismo tipo (letra c) para valorar si el bien entregado es o

---

*dir. civ.*, 2001, I, pp. 873; F. MACARIO, “Brevi considerazioni sull’attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita di beni di consumo”, *Contr. Impr./Eur.*, 2001, pp. 146. Así se deduce del Considerando n.º 8 de la Directiva.

<sup>25</sup> F. GÓMEZ, “Directiva 1999/44/CE...”, *cit.*, pp. 16.

<sup>26</sup> S. GRUNDMANN/C. M. BIANCA, *EU-Kaufrechts-Richtlinie...*, *cit.*, pp. 145, Rn. 19.

no conforme al contrato. La aplicación preferente del criterio de la letra b) hace inaplicable lo dispuesto en la letra c), al menos en lo relativo al uso específico al que se destina ese bien.

La cuestión que acaba de tratarse enlaza con otra que precisa igualmente de una respuesta: ¿existe un orden de prioridad en la aplicación de los criterios de conformidad del art. 2.2? En mi opinión, es necesario matizar esta cuestión. Si lo que se pregunta es si una vez que concurre una presunción de conformidad del listado del art. 2.2, ya no es posible utilizar otras presunciones de ese mismo elenco, la respuesta ha de ser necesariamente negativa. Como se ha sostenido, cabe la aplicación acumulativa de todas las presunciones de conformidad que permita el caso concreto, siempre que no sean incompatibles<sup>27</sup>. No cabe defender, por ejemplo, que la concurrencia del criterio contenido en la letra b) (uso especial del bien) hace inaplicable los criterios siguientes, pues el bien vendido, además de servir para el uso especial pactado, debe tener igualmente la calidad habitual de un bien de ese tipo, y el comprador puede exigir incluso que tenga además aquellas otras características – no incompatibles con su uso especial – que la publicidad o el etiquetado le atribuyen (letra d). En definitiva, no existe una aplicación priorizada de los criterios legales de conformidad, en el sentido de que la aplicación de uno de ellos impida ya tomar en consideración los criterios legales descritos posteriormente en el elenco del art. 2.2 Directiva.

Ahora bien, eso no significa que en la averiguación del contenido del contrato, de las concretas características, cualidades y prestaciones que el bien ha de poseer, no deba seguirse un proceso lógico, y en este sentido, priorizado. Habrá que estar, en primer lugar, a las previsiones contractuales expresas. En ausencia de (o ante la insuficiencia de) esas previsiones contractuales, hay que acudir a las “presunciones” de conformidad del art. 2.2, y dentro de ellos, primero a las que tienen un claro carácter subjetivo y tienen su fundamento en algún tipo de pacto entre las partes. Así, si se trata de una venta sobre muestra, se acudirá al criterio de la letra a), y si hay pacto sobre un uso específico del bien,

---

<sup>27</sup> M. CASTILLA BAREA, “La determinación... (I)”, *cit.*, pp. 2608.



a la letra b). E igualmente, si no es posible el recurso a estos parámetros de referencia subjetivos, o junto a ellos, habrá de estarse a los parámetros de carácter objetivo (letra c y d)<sup>28</sup>.

### III. Las declaraciones públicas como criterio de conformidad.

El último criterio de conformidad recogido en el art. 2.2 Directiva tiene que ver con las declaraciones públicas sobre características concretas de los bienes emitidas por el vendedor o por algunos terceros. Conforme a la letra d) del citado precepto, se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si “presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta..., en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado”. Este precepto se completa con lo dispuesto en el art. 2.4 Directiva, que enumera unos casos en los que el vendedor no queda obligado por las declaraciones públicas mencionadas.

Semejante norma [art. 2.2.d)] carece de antecedentes en la Convención de Viena, pero no en la legislación de algunos Estados miembros, que admiten la integración de la publicidad en el contrato<sup>29</sup>. También existe una previsión de este tipo en los Principios de Derecho Contractual Europeo (art. 6:101).

Constituye esta, sin duda alguna, la aportación más novedosa de la Directiva en lo que a los criterios legales de conformidad se refiere. Por eso es el criterio al que la doctrina ha prestado más atención<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> A. ORTÍ VALLEJO también se muestra partidario de establecer una cierta jerarquía entre los criterios (*Los defectos...*, *cit.*, pp. 62 y 63).

<sup>29</sup> Así sucede, por ejemplo, en el art. 7:18 del Código Civil holandés, en el art. 76 del KBL danés, y en los arts. 18 y 19 del KKL sueco.

<sup>30</sup> Así, destacan su novedad, L. A. SANZ VALENTÍN, “La Directiva...”, *cit.*, pp. 1081; J. AVILÉS GARCÍA, “Problemas...”, *cit.*, pp. 1194; M. CASTILLA BAREA, “La

Buena muestra de ello es la tortuosa tramitación parlamentaria del precepto<sup>31</sup>.

Según la Directiva, las declaraciones públicas constituyen un criterio de conformidad del bien al contrato. El vendedor va a quedar vinculado por las declaraciones públicas sobre características concretas del bien vendido hechas por él mismo o por un tercero (el productor o su representante). De modo que si ese bien no presenta la calidad y las prestaciones afirmadas en la publicidad, existirá falta de conformidad, y el consumidor podrá ejercitar los remedios que para tal caso le concede el art. 3 Directiva.

Ciertamente, no puede resultar extraño que el vendedor, una vez celebrada la venta, se vea vinculado por las declaraciones que él mismo realizó antes de la conclusión de ese contrato. La novedad estriba en que la vinculación se producirá incluso cuando esas declaraciones públicas, emitidas a través de cualquier mecanismo publicitario, provengan

---

determinación... (II)", *cit.*, pp. 2629; R. EVANGELIO LLORCA, "La garantía del artículo 11 LGDCU y la Directiva 99/44/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", *RCDI*, 2002, n.º 672, pp. 1349.

<sup>31</sup> El art. 2.2.d) de la Propuesta de Directiva de 1996, inspirado en la section 14(2) de la *Sale of Goods Act* inglesa, considera que los bienes son conformes al contrato si "su calidad y sus prestaciones son satisfactorias, habida cuenta de la naturaleza del bien y del precio pagado y de las declaraciones públicas sobre el mismo hechas por el vendedor, el productor o su representante". En su Dictamen sobre esta Propuesta, el Parlamento Europeo propuso una nueva redacción para esta letra d) – enmienda n.º 20 –, que fue acogida por la Comisión en la Propuesta modificada de Directiva de 1998. Su texto es el siguiente: los bienes son conformes al contrato si "su naturaleza es la que podía esperar el consumidor en cuanto a la calidad y prestaciones del bien como consecuencia de las declaraciones públicas sobre el mismo hechas por el vendedor, el productor o su representante en la publicidad o la etiqueta". El texto cambia de nuevo en la Posición Común adoptada por el Consejo, acogiéndose ya la redacción que habría de incluirse con carácter definitivo en la Directiva. El Consejo afirma que este nuevo texto acoge parte de la enmienda n. 1 20 presentada por el Parlamento Europeo y parte de la redacción original del precepto en la Propuesta de Directiva. Sin embargo, esta explicación no resulta convincente, pues en ninguno de estos dos textos de referencia se hacía mención alguna a "la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo", que es la fórmula finalmente adoptada por la Directiva.

del fabricante del bien o de un representante de éste. El vendedor garantiza frente al consumidor que son ciertas las declaraciones emitidas por esos terceros relativas a la calidad y prestaciones del bien. Pues es al vendedor a quien el consumidor puede reclamar en caso de divergencia entre las calidades y prestaciones declaradas en la publicidad y las realmente existentes en el bien.

Son varias las razones que llevan al legislador comunitario a hacer responsable al vendedor de las declaraciones públicas emitidas por el fabricante del bien. Por una parte, se dice que la información proporcionada por el fabricante lo es por cuenta o en interés del vendedor<sup>32</sup>. Por otra, el consumidor en la práctica no distingue entre la información proporcionada por el comerciante y la emitida por el fabricante<sup>33</sup>. Además, es evidente la enorme importancia que estas declaraciones públicas tienen hoy en día, y la gran influencia que tienen sobre la decisión final del consumidor. En efecto, es habitual que el consumidor llegue a la convicción sobre la oportunidad y la conveniencia de adquirir un producto sin haber tenido un contacto directo con el vendedor. Son las declaraciones públicas del fabricante las que llevan al consumidor a comprar ese bien, y por eso es razonable que ese producto tenga las características, cualidades y prestaciones que el consumidor puede razonablemente esperar, teniendo en cuenta el contenido de las declaraciones públicas en que se basó su decisión<sup>34</sup>.

Otro argumento, quizá el más importante, es el que tiene que ver con la protección de la confianza del comprador. La responsabilidad del vendedor por las declaraciones públicas de la fase precontractual se asienta sobre la presunción legal de que aquél contrató movido o inducido por dicha información<sup>35</sup>. Por eso hay que considerar incorporara

---

<sup>32</sup> Así se reconoce en el art. 7:18 del Código Civil holandés, que hace responsable al vendedor final de las declaraciones públicas emitidas por el fabricante o por un vendedor anterior, por entender que han sido realizadas en beneficio de ese vendedor final.

<sup>33</sup> Así lo reconoce el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva de 1996 (punto 3.9).

<sup>34</sup> G. DE CRISTOFARO, *Difetto...*, cit., pp. 105 a 107.

<sup>35</sup> J. MARCO MOLINA, "La garantía legal...", cit., pp. 2314 y 2315; M. CASTILLA BAREA, "La determinación... (II)", cit., pp. 2635.

la publicidad al contrato. Porque el comprador confió en lo que las declaraciones públicas indicaban sobre el bien que finalmente adquirió<sup>36</sup>. Ahora bien, la incorporación de la publicidad al contrato, que tiene como función la protección de la confianza del consumidor (lo que éste puede esperar del producto como consecuencia de las declaraciones públicas), tiene sus límites, derivados algunos de ellos de la pérdida de esa confianza (las exenciones de responsabilidad del vendedor del art. 2.4 Directiva tienen su fundamento último en que en ellos no se vulnera la confianza del consumidor).

La Directiva no concede a las declaraciones públicas un carácter vinculante, en el sentido de que el profesional está "obligado" a contratar con el contenido ofrecido en esas declaraciones. La publicidad, según la Directiva, no tiene la consideración de una oferta de contrato. Buena muestra de ello es que el contenido de las declaraciones públicas puede ser corregido en el momento de celebrar el contrato (segundo guión del art. 2.4 Directiva). Lo que la Directiva establece es que, una vez celebrado el contrato de compraventa, las declaraciones públicas vinculan al vendedor, por lo que el contenido de esas declaraciones públicas ha de ser tomado en consideración para determinar la conformidad o no del bien entregado<sup>37</sup>. Téngase en cuenta, por otra parte, cómo la infracción del deber de información en la fase precontractual no se asocia en la Directiva a sanciones relacionadas con los vicios del consentimiento (el error o el dolo, y la consiguiente indemnización de daños y perjuicios), sino que lo que sucede es que toda declaración de vendedor o productor relativa al bien pasa a formar parte del contrato, pudiendo ser exigidas por el comprador las cualidades y prestaciones del bien señaladas en la información precontractual.

Por otra parte, conviene recordar que no es esta la primera Directiva comunitaria que concede carácter vinculante a la información publicitaria. Así sucede también en la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de

---

<sup>36</sup> A. M. MORALES MORENO, "Declaraciones públicas y vinculación contractual (Reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)", *ADC*, 1999, I, pp. 275; J. AVILÉS GARCÍA, "Problemas...", *cit.*, pp. 1198.

<sup>37</sup> A. M. MORALES MORENO, "Declaraciones públicas...", *cit.*, pp. 272.

13 junio 1990, relativa a los viajes combinados<sup>38</sup>, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, y en la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 octubre 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido<sup>39</sup>.

Hay que preguntarse cuál es el papel que la autonomía de la voluntad puede tener en relación con este parámetro de conformidad. No plantea problemas el caso en el que las partes pactan en el contrato que el bien presenta cualidades y prestaciones superiores a las reconocidas en la publicidad. En este supuesto a ese pacto habrá de estarse para valorar la conformidad del bien entregado al contrato. Más dudoso es si puede pactarse en el contrato que el bien reúne menos o inferiores cualidades o prestaciones que las anunciadas en la publicidad. La respuesta ha de ser positiva<sup>40</sup>, pues los criterios de conformidad del art. 2.2 Directiva tienen carácter supletorio, y sólo entran en juego en defecto de pacto entre las partes. Además en tal caso la confianza que en el consumidor generó la publicidad ha quedado destruida por el pacto especial recogido en el contrato, por lo que no hay inconveniente en admitir su validez. Ahora bien, ha de tratarse de un pacto expreso, precisamente para que el comprador asuma la importancia del mismo y permita a su vez destruir la confianza generada previamente por la publicidad.

Por último, hay que plantearse qué sucede cuando lo anunciado por la publicidad se opone a las características del bien que se derivan de la aplicación de otros criterios de conformidad, como por ejemplo, la venta sobre muestras [letra a) del art. 2.2 Directiva] o la solicitud de

---

<sup>38</sup> Según el art. 3.2, la información contenida en el programa o folleto informativo facilitado al consumidor antes de la celebración del contrato será vinculante para el organizador o el detallista del viaje combinado.

<sup>39</sup> El art. 3.2 dispone que forma parte del contrato relativo a la adquisición de un derecho de utilización de uno o más inmuebles en régimen de tiempo compartido el documento que, antes de la celebración del contrato, el vendedor ha entregado al futuro adquirente, a petición de éste.

<sup>40</sup> M. CASTILLA BAREA, "La determinación... (II)", *cit.*, pp. 2640.

un uso especial (letra b). El problema se plantea cuando el consumidor exige que el bien sirva para el uso especial por él requerido (letra b), y el vendedor pretende demostrar el cumplimiento exacto de su obligación de entregar un bien conforme alegando que reúne las cualidades y prestaciones proclamadas en la publicidad (letra d). La Directiva no contiene una solución a esta cuestión. Pero lo más razonable es dar preferencia al criterio que presenta una mayor concreción, que más se apoye en una voluntad manifestada (en el ejemplo citado, al uso especial requerido por el consumidor).

#### **IV. Presupuestos de la vinculación del vendedor por las declaraciones públicas.**

Para que el contenido de las declaraciones públicas se integre en el contrato, deben concurrir varios presupuestos, según se deduce de la letra d) del art. 2.2 Directiva.

1. El vendedor queda vinculado por las declaraciones públicas hechas por determinados sujetos. Lo primero que hay que plantearse es a qué se refiere el legislador cuando alude a las “declaraciones públicas”, pues no contiene la norma un concepto o definición. Esta expresión parece tener un significado muy amplio, pues al admitir como dos modalidades, “en particular” de declaraciones públicas a la publicidad y al etiquetado, no está sino reconociendo que puede haber otras declaraciones públicas al margen de estas dos citadas. Por eso, dentro de la expresión “declaraciones públicas” hay que entender cualquier forma de comunicación, comprensiva de la publicidad y el etiquetado, pero no excluyente de cualquier otro modo de comunicación, cualquiera que sea su soporte<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> A. M. MORALES MORENO, “Declaraciones públicas...”, *cit.*, pp. 269, a quien sigue J. Avilés García, “Problemas...”, *cit.*, pp. 1195; y M. CASTILLA BAREA, “La determinación... (II)”, *cit.*, pp. 2630 y 2631.

Tampoco define la Directiva qué ha de entenderse por publicidad y etiquetado. Sí existe una definición de publicidad en otra Directiva comunitaria, la Directiva 84/450/CEE, del Consejo, de 10 septiembre 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. En la misma se reputa como publicidad “toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones” (art. 2.1). Se trata de una definición muy amplia y flexible, que permite reputar como “publicidad” toda forma de comunicación. Dada su extensión, existe una práctica identificación entre publicidad y declaraciones públicas, razón por la cual la doctrina que se ha ocupado del art. 2.2.d) ha puesto el acento especialmente en la publicidad, y no en otras formas de declaraciones públicas.

En cuanto al etiquetado, igualmente se echa en falta una definición del mismo. En la normativa comunitaria se ha definido en varias ocasiones al “etiquetado”. A veces se utiliza en un sentido más restringido, para referirse a las menciones que constan en el embalaje exterior del producto<sup>42</sup>. En ocasiones, en cambio, tiene un alcance mucho mayor, como sucede, por ejemplo, en la Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, que entiende por etiquetado “las menciones, indicaciones, marcas de fábrica o comerciales, dibujos o signos relacionados con un producto alimenticio y que figuren en cualquier envase, documento, rótulo, etiqueta, faja o collarín, que acompañen o se refieran a dicho producto alimenticio” [art. 1.3.a)]. Evidentemente, si lo que se pretende es proteger la confianza del comprador, se muestra más satisfactoria una definición amplia como la que acaba de exponerse, que toma en consideración no

---

<sup>42</sup> Así sucede, por ejemplo, en la Directiva 92/27/CEE, del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa al etiquetado y al prospecto de los medicamentos de uso humano, que en su art. 2.3 define al etiquetado como “las menciones que constan en el embalaje exterior o en el acondicionamiento primario”.

sólo el embalaje exterior, sino también los prospectos o folletos que a menudo acompañan a ciertos bienes<sup>43</sup>.

2. Las declaraciones públicas que vinculan al vendedor son las hechas por “el vendedor, el productor o su representante”. La Directiva define al vendedor en el art. 1.2.c), en los términos que ya conocemos: “cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo en el marco de su actividad profesional”.

Por productor hay que entender, a los efectos de la Directiva, al “fabricante de un bien de consumo, el importador de un bien de consumo en el territorio de la Comunidad o cualquier persona que se presente como productor indicando en el bien de consumo su nombre, su marca u otro signo distintivo” [art. 2.1.d)]. En consecuencia, el productor puede ser de tres tipos: a) el productor real del producto (fabricante); b) el sujeto que importa e introduce el bien en la Unión Europea; y c) el productor aparente, que es aquel que se presenta en el mercado como productor del bien, por indicar en el mismo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo. Se trata, en definitiva, de un concepto amplio y flexible, que es sustancialmente idéntico al empleado en el art. 3 de la Directiva 85/374/CEE, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos<sup>44</sup>. Además de los tres tipos

---

<sup>43</sup> A. ORTÍ VALLEJO, *Los defectos...*, cit., pp. 68; M. CASTILLA BAREA, “La determinación... (II)”, cit., pp. 2642.

<sup>44</sup> H. W. MICKLITZ, “Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie”, *EuZW*, 1999, pp. 485; W. LEHR/H. WENDEL, “Die EU-Richtlinie...”, cit., pp. 324. Aunque existe alguna diferencia interesante entre ambos conceptos. La Directiva 85/374/CEE considera también “productor” al fabricante de un elemento integrado y al productor de una materia prima. No sucede así en la Directiva 1999/44/CE. Esta distinción tiene su razón de ser. Es posible que el defecto del producto que causa un daño sea responsabilidad del fabricante de un elemento integrado en el bien, o del productor de la materia prima, por lo que la Directiva 85/374/CEE les obliga a responder al perjudicado de los daños causados por ese defecto. En cambio, en la Directiva 1999/44/CE la definición de productor sólo es relevante en la medida en que las declaraciones públicas que él emita vincularán al vendedor frente al consumidor. En este marco, no tiene mucho sentido que el fabricante de un elemento integrado en el producto final o el productor de materias primas puedan hacer manifestaciones públicas que vinculen al vendedor.



de productores señalados, también hay que considerar como tal, a los efectos de la Directiva 1999/44/CE, al que se presenta como productor en la publicidad específica del bien de consumo<sup>45</sup>.

La Directiva, sin embargo, no contiene un concepto de “representante del productor”. Sí existía una definición en la Propuesta modificada de Directiva de 1998, según la cual es “la persona física o jurídica que actúa como el distribuidor oficial o prestador oficial de servicios del productor, con exclusión de los vendedores independientes que actúen exclusivamente como detallistas”. Sin embargo, esta alusión desapareció en la Posición Común del Consejo de 24 de septiembre de 1998<sup>46</sup>, y así sucede también en el texto definitivo de la Directiva. En cualquier caso, el término “representante” se utiliza en la letra d) en un sentido más económico que jurídico, por lo que debe entenderse de una manera amplia, y no referida exclusivamente a los sujetos que emiten declaraciones públicas en nombre y por cuenta del productor<sup>47</sup>.

3. Sólo vinculan al vendedor las declaraciones públicas sobre las “características concretas” de los bienes. Únicamente se integra en el contrato la publicidad que atribuye características concretas al bien; no, en cambio, si se trata de afirmaciones publicitarias en general<sup>48</sup>. Esta idea es la que sirve para distinguir entre la publicidad informativa y la publicidad persuasiva<sup>49</sup>. Sólo la publicidad informativa vincula al vendedor, pues tiene un contenido suficientemente concreto; a diferencia de la publicidad persuasiva, que se orienta a incitar al consumo de un producto.

---

<sup>45</sup> A. M. MORALES MORENO, “Declaraciones públicas...”, *cit.*, pp. 273.

<sup>46</sup> Según el Consejo, la desaparición obedece a las fuertes divergencias existentes entre los Estados miembros en relación a la figura de la representación.

<sup>47</sup> G. DE CRISTOFARO, *Difetto...*, *cit.*, pp. 120; M. CASTILLA BAREA, “La determinación... (II)”, *cit.*, pp. 2644.

<sup>48</sup> El Dictamen del Comité Económico y Social establecía que “convendría aclarar que las declaraciones públicas del productor o de su representante... sólo deben entenderse como observaciones sobre las propiedades del producto, y no como afirmaciones publicitarias en general” (punto 3.9).

<sup>49</sup> A. M. MORALES MORENO, “Declaraciones públicas...”, *cit.*, pp. 269.

4. Pero existe otro límite adicional. Vinculan al vendedor las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes que se refieran a “la calidad y las prestaciones habituales” del bien. Por lo tanto, no toda publicidad, por muy concreta que sea, vincula al vendedor frente al consumidor por aplicación del art. 2.2.d) Directiva; debe versar sobre la calidad (conjunto de cualidades) y prestaciones del bien. En consecuencia, no se integran en el contrato las declaraciones públicas que se refieren a otros aspectos de la comercialización del bien, como pueden ser el precio o las condiciones de pago<sup>50</sup>.

5. De la letra d) se deduce un último presupuesto: al vendedor vinculan las declaraciones públicas sobre las características concretas del bien, referidas a su calidad y sus prestaciones habituales, “que el consumidor puede fundadamente esperar”. Esta idea deriva del principio de protección de la confianza del consumidor. Las declaraciones públicas vinculan al vendedor cuando han generado en el consumidor una confianza justificada en que el bien reúne las características concretas que se anuncian en la publicidad, de acuerdo con el principio de buena fe. El problema consiste en determinar cuándo una declaración pública es susceptible de generar tal confianza en el consumidor, esto es, cuándo el consumidor puede fundadamente esperar que el bien posea las características predicadas en la publicidad. Evidentemente, no es posible dar una respuesta general; habrá que analizar caso por caso. Pero sí cabe ofrecer algunas ideas sobre el particular.

Lo que el consumidor puede fundadamente (razonablemente) esperar de las declaraciones públicas constituye un parámetro de referencia objetivo, y no subjetivo. Quiere decirse con ello que hay que acudir al criterio de razonabilidad de un consumidor medio, y no al que corresponda al concreto consumidor que celebra ese contrato de compraventa con el vendedor. Hay que colocarse en la posición de ese consumidor medio, y valorar hasta qué punto puede él esperar, por ser ello razonable, que las características del bien aludidas en las decla-

---

<sup>50</sup> A. M. MORALES MORENO, “Declaraciones públicas...”, *cit.*, pp. 274; M. CASTILLA BAREA, “La determinación... (II)”, *cit.*, pp. 2631.

raciones publicitarias concurren efectivamente en el bien vendido. Es claro, a mi juicio, que la publicidad ha de ser verosímil, creíble, para ese consumidor medio. De lo contrario no puede generar en el consumidor la confianza a que aludimos<sup>51</sup>.

Por último, conviene advertir que el vendedor va a responder aunque actúe de buena fe e ignore que las declaraciones públicas del tercero son inexactas. Ello se debe a que la decisión de hacer responder al vendedor por las declaraciones públicas de terceros no se basa en la culpa del vendedor, sino que es una decisión de política legislativa, ajena a su actitud personal, y basada exclusivamente en la existencia de declaraciones publicitarias sobre características concretas de los bienes<sup>52</sup>.

#### **V. Límites a la integración de las declaraciones públicas en el contrato.**

La Directiva enumera en su art. 2.4 tres supuestos en los que el vendedor no queda vinculado por las declaraciones públicas. Dispone este precepto que “el vendedor no quedará obligado por las declaraciones públicas contempladas en la letra d) del apartado 2 si demuestra: – que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión; – que dicha declaración había sido corregida en el momento de la celebración del contrato; o – que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el bien de consumo.

En tales casos concurren los presupuestos que acaban de analizarse en el epígrafe anterior. Sin embargo, el legislador ha considerado que

---

<sup>51</sup> M. CASTILLA BAREA, “La determinación... (II)”, *cit.*, pp. 2638 pone como ejemplo el anuncio televisivo de un automóvil, en el que se ve en el pantalla al coche templando y rugiendo, – mientras una mujer grita al verlo y una voz en «off», tras pronunciar el nombre de la marca y modelo anunciados, dice: “muy agresivo”. Igualmente puede citarse otro anuncio en el que un niño consume un yogur de un determinada marca, y pocos segundos después aumenta de tamaño, hasta convertirse casi en un adulto.

<sup>52</sup> J. MARCO MOLINA, “La garantía legal...”, *cit.*, pp. 2315, nota a pie 141.

existen razones concretas que aconsejan no integrar en el contrato esas declaraciones públicas. Estos supuestos de no integración de las declaraciones públicas en el contrato constaban en la Directiva desde su primera Propuesta de 1996, si bien ubicados en el art. 3, y no en el art. 2<sup>53</sup>.

Se trata de tres supuestos alternativos, y no acumulativos. Por lo tanto, para que el vendedor no quede vinculado por las declaraciones públicas basta con que concurra alguno de las tres hipótesis. Por otra parte, y como acertadamente señala el precepto, la prueba de la existencia de alguna de estas causas de exoneración de responsabilidad corresponde al propio vendedor. Es él quien, si quiere que las declaraciones públicas no sean tomadas en consideración para valorar la conformidad del bien al contrato, debe acreditar que concurre alguna de ellas. En cuanto a la delimitación del supuesto de hecho, las Propuestas de Directiva de 1996 y 1998 exigían que las declaraciones públicas fueran realizadas por el productor o su representante, por lo que el vendedor no podía exonerarse de responsabilidad mediante la aplicación de este precepto cuando era él mismo quien había formulado las declaraciones públicas. Sin embargo, la redacción definitiva de la Directiva no alude a quiénes son los agentes de las declaraciones públicas, por lo que en principio cabe afirmar que el art. 2.4 también puede entrar en juego si es el vendedor quien realiza las declaraciones públicas. No obstante, de la redacción de los distintos supuestos se deduce que alguno de ellos sólo es aplicable a la publicidad que proviene de tercero, y no del propio vendedor. Tampoco distingue la Directiva entre los distintos tipos de declaraciones públicas, en concreto, entre publicidad

---

<sup>53</sup> Según el art. 3.2 de la Propuesta de Directiva de 1996, "el vendedor no será responsable de la falta de conformidad que resulte de declaraciones públicas realizadas por el productor o por su representante si: - el vendedor desconocía o no estaba razonablemente en condiciones de conocer dicha declaración; - el vendedor demuestra que corrigió dicha declaración en el momento de la venta al consumidor; - el vendedor demuestra que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar". El art. 3.2 de la Propuesta modificada tiene esa misma redacción, salvo el primer guión, que presenta el siguiente texto: "el vendedor demuestra que desconocía o no estaba en condiciones de conocer dicha declaración".

y etiquetado, aunque la aplicación de alguno de los supuestos del art. 2.4 puede ser distinta si se trata de un tipo o de otro.

La primera causa de exclusión es que el vendedor “desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración [pública] en cuestión”<sup>54</sup>. Este supuesto, cuya inclusión ha sido criticada por parte de la doctrina<sup>55</sup>, está sometido a una doble restricción, no recogida expresamente en el precepto. Por una parte, no se aplica cuando la declaración pública provenga del propio vendedor, pues ante un acto que proviene de él mismo no puede alegar desconocimiento<sup>56</sup>. Por otra, tampoco entra en juego cuando la declaración pública se contiene en el etiquetado del bien, pues en tal caso el vendedor no podrá razonablemente alegar su desconocimiento<sup>57</sup>.

El vendedor se exonera de responsabilidad si prueba que desconoce las declaraciones públicas y que no es razonable esperar ese conocimiento. La prueba se refiere a la existencia de las declaraciones públicas, y no a su posible inexactitud. Es necesario que el vendedor pruebe que desconocía las declaraciones públicas; prueba que es muy difícil de realizar, por no decir imposible, al tratarse de un hecho negativo. Pero no basta con ello. Debe además acreditar que no es razonable esperar que las conociera. Se parte, por tanto, de la idea de que el vendedor es un profesional, y en consecuencia tiene el deber de

---

<sup>54</sup> Una exclusión parecida existe en el apartado tercero del art. 6:101 de los Principios de Derecho Contractual Europeo.

<sup>55</sup> P. CILLERO DE CABO, “Consideraciones en torno a la armonización europea en materia de venta y garantías de bienes de consumo y su futura incorporación al ordenamiento jurídico español”, *EC*, 2001, n.º 57, pp. 153.

<sup>56</sup> Existe unanimidad doctrinal en este punto: E. CORRAL GARCÍA, “La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: un nuevo régimen de saneamiento en la compraventa de bienes muebles”, *RdP*, 2000, n.º 5, pp. 533; E. JORDÁ CAPITÁN, “La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de consumo. Consideraciones respecto de su repercusión en los regímenes de garantía legal y garantía comercial en el ordenamiento jurídico español”, *CDC*, 2000, n.º 31, pp. 140; R. EVANGELIO LLORCA, “La garantía...”, *cit.*, pp. 1350; J. AVILÉS GARCÍA, “Problemas...”, *cit.*, pp. 1200; J. MARCO MOLINA, “La garantía legal...”, *cit.*, pp. 2315.

<sup>57</sup> A. ORTÍ VALLEJO, *Los defectos...*, *cit.*, pp. 69.

conocer las manifestaciones que en torno a él se realizan en el mercado por los productores y sus representantes. El cumplimiento de este deber se valora en términos objetivos de razonabilidad: si dadas las circunstancias es razonable o no que se conozcan las declaraciones públicas.

En segundo lugar, el vendedor no queda vinculado por las declaraciones públicas si prueba “que dicha declaración había sido corregida en el momento de la celebración del contrato”. El fundamento de esta exclusión se encuentra en que la confianza del consumidor merecedora de protección ya no existe, pues la declaración pública que la generaba ha sido “corregida” por otra posterior. Así sucede, por ejemplo, cuando la etiqueta de un producto indica un peso neto que no tiene, si la declaración correctora consiste en advertir al consumidor de esta circunstancia; o cuando se afirma en la publicidad que un automóvil tiene una determinada potencia, si se advierte al comprador en el momento de celebrar el contrato que no tiene esa potencia<sup>58</sup>. En realidad, la corrección de las declaraciones públicas puede deberse no sólo a que se pretende reparar algún error que existía en las mismas, sino a que tras la emisión de las declaraciones públicas el bien ha sufrido alguna modificación que evidentemente debe ser puesta en conocimiento del comprador.

No especifica la Directiva quién debe emitir la declaración correctora. Ante este silencio, hay que admitir que puede hacerlas el mismo sujeto que hizo las declaraciones públicas originales (el productor o su representante) o el propio vendedor. Tampoco se señala el tipo de declaración pública por el que ha de efectuarse la corrección. No hay límites en este ámbito: la corrección de la declaración pública puede producirse en el etiquetado, mediante una modificación del mismo, o a través de la publicidad; incluso puede llevarse a cabo por el propio vendedor de vida voz, informándole al consumidor de esa circunstancia en el momento de celebrar el contrato. En este último supuesto los problemas que se plantean son de prueba, pues es al vendedor a quien compete acreditar que ha “corregido” la declaración pública original,

---

<sup>58</sup> Ejemplos tomados de A. M. MORALES MORENO, “Declaraciones públicas...”, *cit.*, pp. 277.

y esta prueba se presenta complicada si no ha quedado constancia documental. Por otra parte, no es necesario que la declaración pública correctora sea del mismo tipo, utilice el mismo soporte que la original. Quiere con ello decirse que, en principio, si la declaración pública se hizo mediante el etiquetado, puede ser corregida posteriormente mediante publicidad, o por el propio vendedor de manera oral, indicándoselo al concreto comprador. Siempre, claro está, que pueda afirmarse que se ha destruido la confianza que para el consumidor generó la declaración pública primitiva.

Existe un aspecto del precepto susceptible de crítica. Se trata del momento en el que debe ser llevada a cabo la corrección. Según el precepto, tiene que producirse en el momento de la celebración del contrato. Esta previsión es excesivamente benévola con el vendedor, pues le permite efectuar la corrección en el mismo instante de la perfección del contrato. Pues lo cierto es que, en la mayoría de los casos en que la corrección se produce en ese momento, el consumidor no ha visto destruida la confianza generada por la declaración pública original, por lo que lo más sensato sería no excluir la responsabilidad del vendedor. En mi opinión, la Directiva sólo debería haber admitido la corrección de una declaración pública efectuada antes de la celebración del contrato<sup>59</sup>. Pues este íterin temporal entre la corrección y la celebración del contrato es necesario para la destrucción de la confianza del consumidor. Sólo excepcionalmente puede admitirse la corrección en el propio contrato: cuando los cambios introducidos se expresan claramente en el contrato, han sido expresamente aceptados por el adquirente y se encuentran justificados por las circunstancias del caso.

La tercera vía para la exoneración de responsabilidad del vendedor se produce cuando demuestra "que dicha declaración [pública] no pudo influir en la decisión de comprar el bien de consumo". En ocasiones,

---

<sup>59</sup> En términos similares se han manifestado otras Directivas en materia de protección del consumidor. Así, tanto en la Directiva 90/314/CEE, relativa a los viajes combinados, como en la Directiva 94/47/CE, sobre derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, el profesional queda exonerado de responsabilidad sólo si corrige las declaraciones publicitarias antes de la celebración del contrato.

la influencia de la declaración pública en el comprador puede probarse sin extrema dificultad. Así sucede, por ejemplo, si el vendedor demuestra que las condiciones del contrato en cuanto al objeto estaban ya determinadas antes de que se produjeran las declaraciones públicas (publicidad)<sup>60</sup>. Sin embargo, tal y como está formulada la norma, el vendedor también podrá quedar exonerado si prueba que tal característica o cualidad del bien ofrecida en la publicidad no era determinante de la adquisición, por lo que el comprador habría tomado la misma decisión aun sin haber conocido las declaraciones públicas. En tal caso el vendedor tendría que indagar sobre las motivaciones internas del comprador, y valorar hasta qué punto las declaraciones públicas influyeron en su decisión de adquirir el bien<sup>61</sup>. Al margen de que la prueba de esa no influencia, entendida en términos subjetivos, sería prácticamente imposible para el vendedor, no creo que el legislador comunitario haya pretendido llegar a esos extremos. Entiendo más bien que la posible influencia de la declaración pública en la decisión de comprar debe valorarse en términos objetivos. Así, el vendedor debe demostrar que la declaración pública no influyó en la decisión de comprar del consumidor (como sucede en el ejemplo anteriormente citado, en el que las condiciones del objeto ya estaban pactadas antes de la emisión de la publicidad), o no pudo razonablemente influir (con un criterio de razonabilidad media) en la decisión de adquirir (así sucede, por ejemplo, cuando la publicidad del productor se circunscribió al ámbito territorial de Andalucía, y el bien lo adquiere el consumidor en Cataluña). El motivo último para excluir la responsabilidad del vendedor tiene que ver de nuevo con la protección de la confianza del consumidor. No hay necesidad de proteger al consumidor si se acredita que la publicidad no ha generado en él la confianza de que el bien tiene determinadas cualidades. Y es evidente que en el consumidor no se ha generado confianza alguna cuando él, por razones objetivas, no pudo tomar en consideración la publicidad para decidir la celebración del contrato.

<sup>60</sup> A. M. MORALES MORENO, "Declaraciones públicas...", *cit.*, pp. 278.

<sup>61</sup> M. CASTILLA BAREA, "La determinación... (II)", *cit.*, pp. 2648.



## VI. Regulación en derecho español y en derecho portugués.

Este último apartado se dedicará a analizar el modo el art. 2.2.d) y 2.4 Directiva ha sido incorporado al derecho español y portugués.

En España, la Directiva se ha transpuesto al derecho interno mediante una ley especial. Se trata de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (en adelante, LGVBC)<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Sobre la visión española de la Directiva 1999/44/CE, y sobre la Ley 23/2003, v. AAVV, *Nueva normativa sobre garantías en la venta de bienes de consumo: aplicación en España de la Directiva 1999/44/CE*, Madrid, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 2004; J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías en la venta de bienes y el principio de conformidad del contrato: situación actual y perspectivas”, *RCDI*, 2000, n.º 661, pp. 2727 y ss.; “Problemas que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo”, *Act. Civ.*, 2000, n.º 32, pp. 1179 y ss.; “Nuevas perspectivas contractuales que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo”, *NUE*, 2002, n.º 207, pp. 99 y ss.; G. A. BOTANA AGRA, “Régimen de garantía y conformidad de los productos y servicios”, en BOTANA AGRA/RUIZ MUÑOZ (Dir.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, 2000, pp. 489 y ss.; “Protección de los consumidores: Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo”. *Revista de la contratación electrónica*, 2003, n.º 44, pp. 77 y ss.; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo y la defensa del Consumidor”, *AC*, 2003-II, pp. 1892 y ss.; A. CARRASCO PERERA, “Redundancia y ruido en las ventas al consumo”, *AJA*, 2003, n.º 591, pp. 1 y ss.; A. CARRASCO/E. CORDERO/P. MARTÍNEZ ESPÍN, “Transposición de la Directiva Comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo”, *EC*, 2000, n.º 52, pp. 125 y ss.; M. CASTILLA BAREA, “La determinación de la «falta de conformidad» del bien con el contrato a tenor del art. 3.1 del Proyecto de Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo (I Parte)”, *AC*, 2002-III, pp. 2594 y ss. y Parte II en *AC*, 2002-III, pp. 2621 y ss.; y “La determinación de la «falta de conformidad» del bien con el contrato a tenor del art. 2 de la Directiva 1999/44/C.E., del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, 2003, n.º 21, pp. 275 y ss.; P. CILLERO DE CABO, “Consideraciones en torno a la armonización europea en materia de venta y garantías de bienes de consumo y su futura incorporación al ordenamiento jurídico español”, *EC*, 2001, n.º 57, pp. 147 y ss.; CORRAL GARCÍA, “La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: un nuevo régimen de saneamiento en la compraventa de bienes muebles”, *RdP*, 2000,

n.º 5, pp. 521 y ss.; L. COSTAS RODAL, "El régimen de la falta de conformidad con el contrato en la compraventa de bienes de consumo", *AC*, 2004-I, pp. 2045 y ss.; J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, "La falta de armonía entre la tipificación del vicio redhibitorio y los remedios jurídicos con que cuenta el comprador de una cosa defectuosa", *ADC*, 2002, II, pp. 641 y ss.; "Algunas reflexiones sobre la incidencia 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 el Derecho civil español", *NUE*, 2002, n.º 211, pp. 135 y ss.; R. EVANGELIO LLORCA, "La garantía del artículo 11 LGDCU y la Directiva 99/44/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", *RCDI*, 2002, n.º 672, pp. 1301 y ss.; N. FENOY PICÓN, "Cláusulas restrictivas de los derechos del consumidor en caso de incumplimiento: la Disposición Adicional 1ª-9ª LGDCU", *RCDI*, 2001, n.º 668, pp. 2449 y ss.; M. C. FERNÁNDEZ DE VERA RUIZ, "Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo y su transposición al derecho español", *EC*, 2002, n.º 60, pp. 123 y ss.; J. A. GARCÍA CRUCES, "Las garantías contractuales como protección frente a los defectos del producto", *DN*, 2001, septiembre, pp. 1 y ss.; "Las garantías contractuales como protección "in natura" frente a daños de escasa cuantía", Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, y Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 321 y ss.; M. P. GARCÍA RUBIO, "La transposición de la Directiva 1999/44/CE al derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo", *La Ley*, n.º 5747, de 26 de marzo de 2003; F. GÓMEZ, "Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica", *InDret*, 2001, Paper núm. 66; E. GONZÁLEZ BILBAO, "La falta de conformidad en la nueva Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo", *RGD*, 2003, n.º 3; JORDÁ CAPITÁN, "La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de consumo. Consideraciones respecto de su repercusión en los regímenes de garantía legal y garantía comercial en el ordenamiento jurídico español", *CDC*, 2000, n.º 31, pp. 127 y ss.; J. LETE ACHURICA, "La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 25 de mayo de 1999 y su transposición en el Derecho Español", *Act. Civ.*, 1999, n.º 4, pp. 1365 y ss.; A. LUNA SERRANO, Agustín, "El alcance de los conceptos de venta de bienes de consumo y de garantía de los mismos en la Directiva 1999/44/CE", en AAVV, *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Madrid, Civitas, 2003, pp. 2341 y ss.; J. MARCO MOLINA, "La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 199/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías sobre bienes de consumo", *RCDI*, 2002, n.º 674, pp. 2275 y ss.; "La incorporación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta

y las garantías de los bienes de consumo por la ley alemana de modernización del derecho de obligaciones”, en AAVV, *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Madrid, Civitas, 2003, pp. 2423 y ss.; M. L. MARTÍN GARCÍA, “Aspectos publicitarios de la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo”, *RDP*, 2004, n.º 5, pp. 324 y ss.; A. M. MORALES MORENO, “Declaraciones públicas y vinculación contractual “Reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)”, *ADC*, 1999-I, pp. 265 y ss.; “Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa”, en AAVV, *El Dret civil català en el context europeu. Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2003, pp. 109 y ss.; “Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa”, *ADC*, 2003, IV, pp. 1609 y ss.; MORGENROTH, “Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG in Spanien”, *RIW* 2003, pp. 837 y ss.; M. L. MORENO-TORRES HERRERA, “Los plazos de ejercicio de los derechos del consumidor ante la falta de conformidad con el contrato en la Directiva 1999/44/CE y su transposición a los ordenamientos: un caso de «desarmonización»”, *La Ley*, 14 noviembre 2002; S. NAVAS NAVARRO, *El incumplimiento no esencial de la obligación. Análisis del incumplimiento no esencial de la obligación de dar*, Madrid, Reus, 2004; A. NIETO ALONSO, “La responsabilidad por vicios o defectos ocultos en las ventas. La superación de la rígida normativa del Código Civil como medio de defensa de los consumidores y usuarios”, en AAVV, *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Madrid, Civitas, 2003, pp. 2695 y ss.; A. ORTÍ VALLEJO, *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Granada, Comares, 2002; “El nuevo régimen de los defectos de la cosa vendida en la directiva 1999/44: criterios generales para su transposición”, *AC*, 2002-2, pp. 2229 y ss.; “La regla *periculum est venditore* en la Directiva 1999/44/CE y la especificación de la cosa vendida genérica”, en AAVV, *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Madrid, Civitas, 2003, pp. 2765 y ss.; P. PERALES VISCASILLAS, “Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías hasta y después de la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo”, *Act. Civ.*, 2003, n.º 45, pp. 232 y ss.; M. J. REYES LÓPEZ, “La Ley de garantías en la venta de bienes de consumo”, *Act. Civ.*, 2004, n.º 9, pp. 1 y ss.; M. C. SÁNCHEZ MIGUEL, “Las garantías de los consumidores en las compraventas transfronterizas”, en AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque*, Vol. II, Valladolid, 1998, pp. 1125 y ss.; L. A. SANZ VALENTÍN, “La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo”, *Act. Civ.*, 1999, n.º 3, pp. 1073 y ss.; “En torno al concepto de bienes de naturaleza duradera y su incardinación en las garantías de la venta”, *ADC*, 2003, III, pp. 1357 y ss.; TAMAYO CARMONA, “Falta de conformidad en las mercaderías

Las declaraciones públicas como criterio de conformidad del bien, y sus excepciones, se han incorporado al derecho interno mediante una copia literal de los preceptos de la Directiva.

En efecto, el art. 3.1.d) LGVBC establece que los bienes son conformes con el contrato siempre que “presenten la calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado. El vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el bien de consumo”<sup>63</sup>. Se entiende por productor “al fabricante de un bien de consumo o al importador del mismo en el territorio de la Unión Europea o a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien de consumo su nombre, marca u otro signo distintivo” (art. 10.III LGVBC).

Como puede advertirse, la originalidad del legislador español ha sido escasa, pues la norma española no hace sino reproducir el texto de la Directiva.

En Portugal, el art. 2.2.d) Directiva se ha transpuesto al derecho interno, de manera literal, en el art. 2.2.d) del Decreto-Lei n.º 67/2003. Dispone este precepto que se presume que los bienes de consumo no serán conformes con el contrato si en el momento de su entrega no presentan la calidad y prestaciones de un bien del mismo tipo que el consumidor pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza

---

e implicaciones en materia contractual. Directiva 1999/44 de 25 de mayo y normas de la Convención de Viena”, *NUE*, 2002, n.º 211-212, pp. 121 y ss.; M. VERGUEZ, *La protección del consumidor en la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo*, Pamplona, Aranzadi, 2004.

<sup>63</sup> Un detenido análisis de este precepto, en M. L. MARTÍN GARCÍA, “Aspectos publicitarios de la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo”, *RDP*, 2004, n.º 5, pp. 324 y ss.

del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado.

La ley portuguesa contiene una definición de productor y de representante del productor. Se considera productor el fabricante de un bien de consumo, el importador del bien de consumo en el territorio de la Comunidad o cualquier otra persona que se presente como productor indicando en el producto su nombre, su marca u otro signo distintivo (art. 6.4 Decreto-Lei n.º 67/2003). Por su parte, se reputa representante del productor a cualquier persona física o jurídica que actúe en calidad de distribuidor comercial del productor y/o centro autorizado de servicio pos venta, con excepción de los vendedores independientes que actúen únicamente en calidad de minoristas (art. 6.5 Decreto-Lei n.º 67/2003). La inclusión de una definición de representante de productor constituye una novedad del legislador portugués, pues como se sabe la Directiva no incluye una definición del mismo (tampoco el derecho español).

En cuanto a las excepciones al carácter vinculante de las declaraciones públicas, la norma portuguesa no incluye ninguna de las enumeradas en el art. 2.4 Directiva. En efecto, un precepto similar a éste no se incluye en el Decreto-Lei n.º 67/2003. Esto constituye una mejora de la situación del consumidor portugués respecto a la del consumidor español, pues en Portugal el vendedor no puede exonerarse de responsabilidad por concurrir alguna de las circunstancias previstas en el art. 2.4 Directiva.

# SOBRE O DIREITO DO CONSUMIDOR EM PORTUGAL E O ANTEPROJECTO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR\*

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

Professor Catedrático da Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra  
Presidente da Comissão do Código  
do Consumidor

## 1. Sequência

Falar do *direito do consumidor* significa, à partida, falar de um determinado *ramo do direito*. Ora, pode dizer-se que os problemas começam logo aqui, pois não é pacífico que o direito do consumidor tenha *autonomia* científica, não é pacífico que seja, ele próprio, um ramo de direito autónomo. Mas não vamos tratar agora desse problema. O nosso propósito é dar conta da situação em Portugal, saber em que *termos*, qual o *sentido* e em que  *direcção* avança o direito do consumidor na ordem jurídica portuguesa, enquanto *conjunto de princípios e regras destinados à defesa do consumidor*.

Daremos conta, para o efeito, tanto do quadro *legal* como do quadro *organizatório* e faremos uma breve referência à *evolução* do direito do consumidor em Portugal: olharemos, assim, para o *passado*, atentaremos no *presente* e perspectivaremos o *futuro*.

---

\* Texto que serviu de base a várias intervenções do Autor sobre o mesmo tema.

A este respeito, dedicaremos particular atenção ao *Anteprojecto do Código do Consumidor*, em discussão pública de 15 de Março a 15 de Julho de 2006.

## 2. Direito do consumidor

Há, porém, uma *questão prévia* que desejamos abordar e que tem a ver com o nome por que o temos tratado: afinal, trata-se de *direito do consumo* ou de *direito do consumidor*? Qual a terminologia mais correcta ou adequada?

Creemos ser preferível falar de *direito do consumidor*, definindo-o, repete-se, como o *conjunto de princípios e regras destinados à protecção do consumidor*.

Com efeito, não é o *consumo*, enquanto tal, que é visado pelas regras que constituem este direito. Verdaderamente do que se trata é de disciplinar a *produção* e a *distribuição* de bens, assim como a *prestação* de serviços, *tendo em vista a defesa do consumidor* – seria então mais adequado falar de direito da produção... ou de direito da distribuição ... se estas expressões não tivessem já um significado próprio, diferente, abarcando um outro tipo de relações, a montante das relações de consumo. Em si mesmo, pois, *o consumo não é disciplinado* – é sobre o produtor, sobre o prestador de serviços e o distribuidor de bens que recaem obrigações de vários tipos em ordem à defesa do consumidor. Parece, assim, mais apropriado e consentâneo com a finalidade deste ramo do direito falar de *direito do consumidor*!

Repare-se, por outro lado, que se é esta a designação mais adequada do ponto de vista da *ratio* e *finalidade* do direito do consumidor, é ela, também, a mais adequada do ponto de vista *constitucional*: basta atentar, entre outros, nos arts. 60.º, 81.º e 99.º da Constituição da República Portuguesa para ver que é a *protecção do consumidor* e a defesa dos direitos deste que constituem a preocupação expressa na lei fundamental.

Justamente por isso, na sequência e em conformidade com a perspectiva constitucional, quer a Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto, quer a actual, a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, são *leis de defesa do*

*consumidor*. E é também esta a perspectiva *comunitária*: cfr. título XIV, art. 153, do Tratado da Comunidade Europeia, dedicado, precisamente, à “*defesa dos consumidores*”.

Acresce ser igualmente esta a atitude que se afigura mais adequada do ponto de vista *institucional*. Atente-se que o organismo público que define e actua a política da defesa do consumidor em Portugal tem o nome de *Instituto do Consumidor*.

Por último, sentimo-nos confortados por ser esta – *direito do consumidor* – a expressão pacificamente utilizada no Brasil (onde existe, desde 1990, o chamado Código de Defesa do Consumidor), assim como é esta a expressão corrente em língua alemã (*Verbraucherrecht* ou *Verbraucherschutzrecht*) e em língua inglesa (*consumer law*). Mas já é diferente a terminologia francesa (*droit de la consommation*), apesar de também aqui se entender que “le droit de la consommation (...) *c’est un droit du consommateur, plus que de la consommation*” (Jean Beauchard). Assim como é diferente a terminologia italiana, onde foi já aprovado o *Codice del consumo*.

Parece-nos, contudo, por todas as razões sumariamente apontadas, ser preferível falar de *direito do consumidor*. É a postura mais correcta, a nosso ver, designadamente por razões de ordem teleológica, constitucional e institucional.

### 3. O passado

Passo a referir-me agora à *linha de evolução* do direito do consumidor em Portugal. E começo por chamar a atenção, ainda que em termos muito simples, que o tema da protecção do consumidor se pode equacionar em *três momentos*: numa primeira fase, avulta a *denúncia* da situação de debilidade do consumidor, enquanto *vítima indefesa da sociedade de consumo*; num segundo momento, é o *direito do consumidor* que desponta, em resultado da imensa legislação que prolifera e da reflexão que a doutrina lhe vai dedicando; por último, no momento actual, é a um *código* que se apela, como que a *coroar* todo este movimento e a reconhecer ao direito do consumidor a *maioridade* e a *autonomia* que uma codificação requerem.



Escusado será dizer que estas fases não são estanques; e que a aprovação de um código do consumidor contribuirá imenso para a consolidação deste novo *ramo* do direito e para a sua *dignificação* – assim como a divulgação do direito do consumidor e o seu aprofundamento no plano científico e dogmático *facilitarão* consideravelmente a elaboração do código.

Feita esta advertência, e percorrendo, ainda que a passo rápido, a história do movimento dito “consumerista”, a primeira fase, como referi há pouco, é de *denúncia* da situação do consumidor, é de *alerta* para os perigos, riscos e abusos a que ele está exposto, coenvolvendo essa denúncia, frequentemente, uma generalizada crítica à *sociedade de consumo*.

Isto não impede que se possa dizer inserir-se o tema da defesa do consumidor *na linha da evolução do direito civil* no século XX, que ele faz parte dessa mesma evolução e está em sintonia com a dimensão de *justiça social e materialmente fundada* que perpassa por todo o direito civil contemporâneo.

Estas preocupações de *justiça material* e de *solidariedade social* estão bem patentes, aliás, no direito civil português, “maxime” no Código de 1966, que generosamente acolhe o princípio da boa fé (por ex., arts. 227.º, 239.º, 762.º, n.º 2), proíbe o abuso do direito (art. 334.º) e os negócios usurários (art. 282.º), dá relevo à alteração anormal das circunstâncias (art. 437.º), prevê a responsabilidade civil independente de culpa (arts. 500.º e ss), etc.

Por outras palavras, o Código consagrou princípios e regras susceptíveis de corrigir *desequilíbrios*, impedir abusos, promover a *correção* e *lealdade* nas relações contratuais, impor deveres, fomentar a *segurança* e encontrar outros fundamentos para a responsabilidade civil. O que releva também, e até de modo muito especial, para a defesa do consumidor.

Simplemente ... a vida não é estática. De 1966 para cá acentuaram-se consideravelmente as situações de *desequilíbrio*, multiplicaram-se as fontes de risco e surgiram problemas novos. Houve necessidade de intervir legislativamente, perante a *insuficiência* e/ou *inadequação* das soluções tradicionais.

#### 4. O presente

Isso explica a imensa legislação avulsa que existe no *presente*. Pensemos, entre tantos outros exemplos, nos *contratos de adesão*, nos contratos celebrados com base em *cláusulas contratuais gerais*. Perante este *novo modelo contratual*, em face deste *novo modo de celebração* de contratos, bem distinto do *modelo negociado tradicional*, havia que intervir, para enfrentar problemas específicos ao nível da formação do contrato, do conteúdo das cláusulas predispostas e dos meios de reacção, *maxime* judicial. Daí o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (entretanto modificado, em 1995 e em 1999, por força da Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril), que consagrou especiais deveres de comunicação e de informação, proibiu cláusulas abusivas e consagrou uma importante acção judicial de índole preventiva, a acção inibitória.

Atentemos, igualmente, na problemática da *responsabilidade do produtor* pelos danos causados pelos defeitos dos produtos que põe em circulação. Perante a dificuldade e inadequação da via extracontratual – com o pesado encargo do ónus da prova a cargo do lesado –, e pese embora as bem intencionadas e engenhosas tentativas para responsabilizar o produtor pela via contratual (apesar de não ser parte no contrato pelo qual o consumidor adquiriu o bem), houve que intervir legislativamente, consagrando a responsabilidade pelo risco do produtor, ou seja, *independente* de culpa sua. Na sequência da Directiva 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de Julho, foi em Portugal publicado o Decreto-Lei n.º 383/89, de 16 de Novembro, a fim de transpor essa Directiva.

Pensemos, ainda, na legislação relativa ao *crédito ao consumo*. Perante a nova filosofia de vida da actualidade, que parece obedecer ao lema “compre primeiro e pague depois”, “goze já férias e só mais tarde pensará em pagá-las” – bem oposto à mentalidade tradicional, em que as pessoas poupavam primeiro para poderem adquirir os bens ou serviços de que careciam –, perante a nova filosofia de vida, dizia, em que o apelo ao consumo e a facilidade de crédito são incessantes, havia que disciplinar o contrato de concessão de crédito. O que foi feito pelo Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro, que transpôs a Directiva 87/102/CEE, do Conselho, de 22 de Novembro, entretanto alterada.

Subsiste, todavia, uma lacuna no ordenamento jurídico português, relativa ao sobreendividamento do consumidor.

Tudo isto sem esquecer as novas modalidades de *técnicas de venda*, desde a venda ao domicílio aos modernos contratos a distância, designadamente os celebrados por via electrónica, sendo de destacar, neste contexto (transpondo a Directiva 97/7/CE), o Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, relativo à protecção do consumidor nos *contratos celebrados a distância*, assim como a legislação relativa ao direito de habitação periódica e às viagens turísticas e organizadas.

Eis, em suma, uma série de novos problemas em múltiplos domínios, a impor a necessidade de consagrar novas regras, tendo designadamente em conta a necessidade de *proteger o consumidor*. É certo que esta preocupação vem *na linha* de preocupações mais antigas, como as de *proteger os mais fracos*, a *parte débil* da relação contratual, e de zelar pela *segurança* das pessoas. Mas com a “sociedade de consumo” dos nossos dias tornou-se imperioso reagir *de modo específico e organizado* contra práticas e técnicas de utilização sistemática, tendo por *denominador comum* a defesa do consumidor, isto é, a defesa de quem é *vítima* de tais práticas ou técnicas, de quem está *à mercê*, pela sua situação de *dependência* ou de *debilidade* (económica, técnica, jurídica, cultural ou outra), da organização económica da sociedade.

Assistiu-se, assim, por todo o lado, ao aparecimento, que não cessa de crescer, de legislação *avulsa*, de legislação *especial*. Legislação esta que, além de ficar *fora do Código Civil*, dificilmente se poderá qualificar, em muitos casos, de *direito civil* “*tout court*”, relevando, antes, a sua natureza *pluridisciplinar*.

Mas a especial sensibilização pelos problemas dos consumidores levou, mesmo, a que os direitos destes tivessem sido reconhecidos ao mais alto nível, acabando por ser acolhidos na própria *Constituição da República Portuguesa*.

Com efeito, a Constituição de 1976 colocou a *protecção do consumidor* entre as “*incumbências prioritárias do Estado*” português (art. 81.º). E com as revisões constitucionais de 1982 e de 1989 os direitos dos consumidores alcançaram a dignidade de *direitos fundamentais*. O n.º 1 do art. 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”. O n.º 2 do mesmo art. 60.º proíbe a publicidade oculta, indirecta ou dolosa. E o n.º 3 consagra direitos das associações de consumidores, tendo-lhes sido reconhecida, após a revisão constitucional de 1997, “legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos”. Por último, também o art. 99.º da Constituição coloca a protecção dos consumidores entre os objectivos da política comercial.

Em conformidade com o *imperativo constitucional* de protecção do consumidor, foi publicada em Portugal, logo em 1981, uma importante *Lei de Defesa do Consumidor*: a Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto. Nela se estabeleceram os direitos dos consumidores e os direitos das associações de consumidores, bem como as regras e os princípios por que se havia de concretizar a defesa desses direitos. Tratou-se de uma lei-quadro que foi sendo actuada através de muitas outras leis, algumas das quais, ao mesmo tempo, foram transpondo para o direito português as correspondentes directivas da Comunidade Europeia: sobre cláusulas abusivas, serviços públicos essenciais, publicidade, obrigação de segurança, time sharing, responsabilidade do produtor, crédito ao consumo, vendas ao domicílio, viagens turísticas, etc, etc, etc.

A Lei n.º 29/81 foi entretanto *revogada e substituída*, em 1996, pela actual *Lei n.º 24/96*, de 31 de Julho, que “estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores”. Continuamos na presença de uma lei-quadro, embora mais desenvolvida do que a primeira, que é hoje a *trave-mestra* da política de consumo e o *quadro normativo* de referência no tocante aos direitos do consumidor e às instituições destinadas a promover e a tutelar esses direitos.

De entre essas instituições e organismos destaca-se o “*Instituto do Consumidor*”, que é o instituto público destinado a promover a política de salvaguarda dos direitos dos consumidores, bem como a coordenar e executar as medidas tendentes à sua protecção, informação e educação e de apoio às organizações de consumidores, Instituto a que a lei atribui ainda poderes de autoridade pública.

Entretanto, a legislação existente na área do direito do consumidor vem sendo crescentemente aplicada pelos tribunais. A *jurisprudência* sobre os contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais é hoje

abundante, sendo também significativa a jurisprudência sobre o crédito ao consumo, os cartões de pagamento e os serviços públicos essenciais.

Neste contexto, é igualmente de mencionar dois importantes Acórdãos do Tribunal Constitucional português: um, de 1990 (Acórdão n.º 153/90, de 3 de Maio), que  *julgou inconstitucional* uma norma do estatuto dos correios que excluía a responsabilidade destes por lucros cessantes; outro, mais recente, de 2004 (Acórdão n.º 650/2004, de 16 de Novembro), que  *declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral* de uma norma da tarifa geral de transportes na parte em que esta excluía a responsabilidade do caminho de ferro pelos danos causados aos passageiros resultantes de atrasos, supressão de comboios ou perdas de enlace. Estava em causa, num caso e no outro, no entender do Tribunal Constitucional,  *o direito do consumidor à reparação de danos*, constitucionalmente consagrado, que não pode o legislador ordinário excluir totalmente (invocou, no mesmo sentido, a sentença n.º 254, de 20 de Junho de 2002, do Tribunal Constitucional italiano, a respeito da exclusão de responsabilidade dos serviços postais).

Num outro plano, por último, no plano doutrinal, o direito do consumidor tem merecido também uma atenção  *crescente*, seja através da publicação de monografias, seja através da publicação de muitos artigos nas revistas da especialidade que entretanto surgiram, como os “Estudos de Direito do Consumidor”, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. E nas Faculdades de Direito portuguesas começou a ser leccionado o direito do consumidor, especialmente em cursos de pós-graduação, como em Coimbra, através do Centro de Direito do Consumo daquela Faculdade.

Há, em suma, no presente, uma grande preocupação social e política pela defesa dos direitos do consumidor. No plano jurídico, essa preocupação levou a que fosse publicada uma  *abundante* legislação, ainda que  *dispersa e fragmentária*.

## 5. O Anteprojecto do Código do Consumidor

Efectivamente, a legislação publicada nos últimos anos tem sido  *imensa*, em decorrência do imperativo constitucional de defesa do

consumidor, da lei-quadro e das várias directivas da União Europeia com o mesmo objectivo.

Infelizmente, porém, nem sempre à *law in the books* tem correspondido a *law in action*! E isto, muitas vezes, por deficiências do próprio sistema legal, a começar pela *proliferação legislativa* a que se tem assistido, a qual apresenta inconvenientes vários, desde logo pela *dispersão e falta de unidade* de que dá mostra. Essa uma das razões por que o Governo nos confiou, já em 1996, a tarefa de constituir uma Comissão para a elaboração do Código do Consumidor. A Comissão, a que temos a honra de presidir, entregou no passado dia 15 de Março ao Governo o *Anteprojecto do Código do Consumidor*, para debate público.

Passo a fornecer, ainda que em termos muito breves, algumas ideias essenciais sobre o *Anteprojecto*.

De um ponto de vista sistemático, o Código do Consumidor tem 4 títulos: o I consagra “Disposições Gerais”; o II trata “Dos Direitos do Consumidor” (informação, saúde e segurança, qualidade de produtos e serviços, interesses económicos, mormente os contratos, e reparação de danos); o III “Do Exercício e Tutela dos Direitos” (incluindo os crimes, as contra-ordenações e as disposições processuais cíveis); e o IV, por último, “Das Instituições de Defesa e Promoção dos Direitos do Consumidor”.

A matéria reparte-se por capítulos, secções e divisões e, por vezes, dentro destas, ainda por subsecções e subdivisões, ao longo de 708 artigos. Mas serão revogados 16 diplomas legais actualmente em vigor.

Importa dizer, em primeiro lugar, que foi propósito da Comissão ir *além* de uma mera *compilação* de leis dispersas e elaborar um *Código*, no sentido próprio do termo, com tudo o que isso implica, designadamente em termos de *racionalização* e de *unidade sistemática*. Mas um código, em todo o caso, com muitas particularidades, rompendo, em vários pontos, com o modelo tradicional, um código, pode dizer-se, *pós-moderno*.

Houve igualmente o propósito de *respeitar* e dar *continuidade* ao que de importante e útil se tem feito no domínio da defesa do consumidor. Foi assim de *prudência* a atitude da Comissão. Mas isso não impediu, como é natural, que se tivesse procedido às *correções*

necessárias, por um lado, e ao *rasgar de novos caminhos*, por outro lado, quando se afigurou importante dar esse passo. O que aconteceu inúmeras vezes!

Desde a noção de consumidor e da clarificação quanto ao regime aplicável às pessoas colectivas, até às modificações operadas, em maior ou menor medida, em sede contratual, processual e organizatória, muitas são efectivamente as “novidades” a ter em conta, umas vezes meramente pontuais, outras vezes mais profundas e extensas.

Quanto à noção de consumidor, embora se mantenha, no essencial, o que vem de trás – na linha de que o consumidor é um conceito *relacional*, de alguém que se relaciona com um *profissional* para *fins privados* –, foi necessário *rever* a noção existente na lei em vigor. É que ela não coincide exactamente com a que vem prevalecendo no *direito comunitário*, o que explica que as leis portuguesas que transpõem as directivas definam sempre quem é consumidor. Ora, só faz sentido consagrar num Código uma noção de consumidor se ela servir *para todos os casos* em que o âmbito de aplicação de determinadas medidas se restrinja ao *consumidor* – e isso implica que tal noção esteja *em conformidade* com a que é dominante no direito comunitário.

Por isso determina o art. 10.º, n.º 1, do Anteprojecto que se considera consumidor “a pessoa singular que actue para a prossecução de fins alheios ao âmbito da sua actividade profissional, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou colectiva, se apresenta como profissional”.

Ainda a respeito da noção de consumidor, o *Anteprojecto* esclarece que essa qualidade se restringe às *pessoas singulares*. Todavia, o legislador sabe que há casos em que se pode justificar que algumas *pessoas colectivas* beneficiem da mesma protecção. Essa a razão por que o art. 11.º, n.º 1, do *Anteprojecto* permite que em certos casos, reunidos determinados pressupostos, possa *estender-se* às pessoas colectivas o *regime* que em princípio está reservado ao consumidor. Quer dizer, as pessoas colectivas *não são consumidores*, mas, em certos casos, se provarem que não dispõem nem devem dispor de competência específica para a transacção em causa e que a solução está de acordo com a equidade, podem beneficiar do *regime* que a lei *reserva* ao consumidor.

O mesmo princípio leva a que se *estenda* também a *pessoas singulares que não sejam consumidores* – por actuarem para a prossecução de fins que pertencem ao âmbito da sua actividade profissional – o *regime* que o *Anteprojecto* reserva aos consumidores, uma vez preenchidos os pressupostos acima referidos (art. 11.º, n.º 2).

Já no tocante à situação *inversa* – isto é, nos casos em que alguém é considerado *consumidor*, em face do disposto no art. 10.º, mas disponha ou deva dispor, em virtude da sua actividade e experiência profissional, de competência específica para a transacção em causa –, o *Anteprojecto* permite que o tribunal pondere, de acordo com a equidade, se será de aplicar, em tal situação, o regime mais favorável de defesa do consumidor. Quer dizer, se nos casos anteriores se tratou da *extensão* do regime, agora trata-se de *restrições* ao regime que o *Anteprojecto* prevê para a defesa do consumidor, em situações em que se afigure abusivo o recurso a estas medidas, apesar de, formalmente, alguém preencher os requisitos que o definem como “consumidor”.

Mas o ponto é duvidoso, especialmente no tocante às restrições, e porventura polémico. Aguarda-se pelo resultado do debate público.

Poder-se-á dizer, de algum modo, que tanto a *extensão* do regime como as *restrições* que o “Anteprojecto” prevê têm subjacente o respeito pelo *princípio da igualdade*. Ou seja, só se justifica que haja medidas *diferenciadoras* quando houver *razões* para tal, e essas razões têm de ser *materiais*, efectivas e não meramente formais. Não podemos colocar exactamente no mesmo plano, na compra, por exemplo, de um automóvel para fins privados, um “consumidor de gueto” e um mecânico conhecedor e experimentado. Trata-se, no entanto, repete-se, de uma tomada de posição que suscita dúvidas e que está em aberto.

Questão diferente é a de saber se o Código deve restringir o seu âmbito de aplicação ao consumidor ou se pode vir a abranger outras pessoas.

No caso concreto, estamos perante um “Código do Consumidor” que não tem como destinatário único o *consumidor*, pois em alguns casos o seu âmbito de aplicação abrange *outras pessoas e relações jurídicas* (cfr. a esse propósito o artigo 13.º do Anteprojecto): assim sucede, por exemplo, no domínio das cláusulas contratuais gerais, da responsabilidade do produtor e dos serviços públicos essenciais. Mas



isso, afinal, é o que se verifica *já hoje*, na legislação em vigor, nesses e em outros domínios. E seria mau se o Código do Consumidor *alterasse* a situação e viesse a *cindir* o regime legal que se ocupa desses domínios.

A Comissão está consciente, por outro lado, de que *nenhum código* tem ou pode ter sequer a pretensão de abranger *todas as normas* de um determinado ramo de direito. O Código do Consumidor não foge à regra: daí que o Anteprojecto inclua *só o que parece essencial* e deixe de fora, designadamente para legislação avulsa, já existente ou a criar, muitos outros aspectos ligados a problemas da defesa do consumidor. O que tem por consequência, desde logo, que permaneçam na legislação vigente alguns preceitos, mesmo naqueles casos em que o essencial dessa regulamentação passa para o Código: é o que sucede, v.g. no crédito ao consumo, nos direitos de habitação periódica e nas viagens turísticas e organizadas.

Isso permitirá, ao mesmo tempo, proceder *mais facilmente* a alterações no futuro, “maxime” por força de imperativos comunitários, sem ter que se *alterar* necessariamente o Código. Nesta mesma linha de preocupações, realce-se a abertura do Código para a legislação que porventura venha substituir diplomas actualmente em vigor e para os quais o Código remeta (cfr. artigo 15.º).

Finalmente, a publicação do Código do Consumidor terá de ser acompanhada de vários outros diplomas, em virtude de, como dissemos atrás, haver matérias *só parcialmente* reguladas no Código, pelo que a disciplina das mesmas terá de *articular-se* com a legislação pertinente, entre a qual legislação avulsa a criar, nuns casos, ou a reformular, em outros casos, por ter *sobrevivido* à revogação operada. Entre outros pontos e matérias destacamos, a este propósito, o trabalho a fazer no âmbito dos direitos de habitação periódica (*time sharing*) e das agências de viagem e turismo.

Poder-se-á sempre questionar o acerto da opção tomada. Mas parece-nos que se justifica *preservar* o Código, em geral, de aspectos mais *regulamentares*. Além de ele não ser a sede adequada para regular tais aspectos, confere-se-lhe maior estabilidade, ao mesmo tempo que se facilita a transposição de eventuais directivas e outras intervenções que venham a ser *necessárias*.

## 6. O futuro

Eis, portanto, aqui e agora, o *Anteprojecto do Código do Consumidor* português. De algum modo ainda *in fieri*, mas já suficientemente debatido, ponderado e amadurecido para entrar agora numa nova fase, a do debate público.

Não abundam, é certo, no direito comparado, os exemplos de codificação neste domínio. Apenas o Brasil, desde 1990, a França, desde 1993, e a Itália, muito recentemente, desde Outubro de 2005, dispõem de Código do Consumidor ou do Consumo. A Alemanha deu há pouco um passo importante, no que isso significa e representa para a elevação do direito do consumidor. Mas a lei para a modernização do direito das obrigações, a *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, de 26 de Novembro de 2001, optou por incluir no BGB vários preceitos do direito do consumidor, na linha, aliás, do que fora já iniciado em 2000.

É este último, sem dúvida, também um caminho possível! Mas que não se afigura o melhor – *por muitas e importantes razões*. Claro que sempre teria a vantagem de combater a *dispersão* e permitir superar o estado *caótico*, de um ponto de vista legislativo, com que frequentemente se depara. Mas estamos convictos de que a aprovação do *Código do Consumidor* será o passo *mais adequado e correcto* no futuro.

Quanto a esta questão, convirá precisar melhor alguns pontos, até porque há quem duvide do passo que estamos a dar em Portugal ou o contrarie mesmo frontalmente. Vejamos, pois, o problema mais de perto.

Antes de mais, há uma primeira questão a debater, uma primeira alternativa a ponderar: *codificação ou não do direito do consumidor?* Num segundo momento, se se optar pela codificação, surge então outra questão a discutir, outra alternativa a analisar: *codificação, sim, mas onde e como?* Designadamente, no *Código Civil*? Ou num diploma próprio, precisamente o *Código do Consumidor*?

Encaremos, pois, para começar, a primeira dúvida: *codificação ou não do direito do consumidor?* A alternativa é entre a inclusão do direito do consumidor num *código* ou a sua permanência em legislação *avulsa, dispersa e fragmentária*, que é a situação actual.

Optamos pela codificação. A “*età della decodificazione*”, de que nos fala Natalino Irti, não tem impedido que vários códigos venham sendo aprovados pelo mundo fora, em diversos domínios, desde códigos civis a códigos do trabalho e do consumidor, entre outros. Fala-se hoje, mesmo, de *recodificação*.

E não se esqueça o interessante, significativo e alargado debate que se vem travando na Europa sobre o problema de saber se deve ou não haver um *código civil europeu* ou, ao menos, um *código europeu dos contratos* ou, até, um *código do consumidor europeu*. Em qualquer caso, atente-se bem, é de um *código* que se fala, seja ele civil, dos contratos e/ou do consumidor.

O que bem se compreende. Não vou maçar-vos com grandes considerações. Basta atentar na enorme vantagem de *reunir num único diploma centenas de normas* dispersas por uma *multiplicidade* de leis e decretos-leis. No Anteprojecto português são 16 os diplomas legais que o Código *substitui integralmente*: serão *integralmente* revogadas 3 leis e 13 decretos-leis! Parece-nos que assim se facilitará o *conhecimento* e a *compreensão* das regras jurídicas e se beneficiará a sua *aplicação prática* e o próprio *acesso ao direito*.

Por outro lado e ao mesmo tempo, a elaboração de um código permite que se evitem as sucessivas *repetições* com que a par e passo se depara na legislação avulsa, seja a propósito da fixação do regime jurídico do direito de livre resolução do contrato, seja a respeito das exigências de formalismo negocial, da noção de consumidor, da proibição de renúncia antecipada aos direitos concedidos, dos requisitos da informação a prestar, da contratação a distância, etc, etc, etc. Quer dizer, em vez de *inúmeros* diplomas, *soltos* e *desligados*, a regularem figuras e institutos que *em parte são comuns* – e por isso a incorrerem em sucessivas *repetições* –, teremos *um único diploma* que consagrará, *de uma só vez*, aquilo que é *comum* a vários contratos ou situações e estabelecerá depois, tão-só, as *especialidades* de cada caso.

Numa palavra, a elaboração de um código possibilita a reunião, *num só diploma*, em termos *ordenados* e segundo um plano *coerente* e *racional*, da maior parte das normas à deriva nesse “*mare magnum*” de legislação avulsa destinada à defesa do consumidor.

À *facilidade de consulta* que o código possibilita – em *benefício* de todos, do consumidor aos tribunais –, junta-se, por outro lado, o contributo que ele dá para a *autonomia* e *dignidade* do direito do consumidor e das várias organizações e entidades que fazem parte do Sistema Português de Defesa do Consumidor.

Não é de surpreender, por isso, e atente-se muito bem no que vamos dizer, que neste momento a *tendência* europeia vá no sentido da *codificação* do direito do consumidor. Este passo foi dado pela própria Alemanha, já desde 2000, mas muito especialmente em 2001, assim como em parte tinha sido já esse, em 1992, o exemplo holandês; em 1993 foi a França e, muito recentemente, em Outubro de 2005, foi a Itália a seguir o mesmo caminho.

Como se vê, países de cultura e tradição jurídicas muito fortes *optaram pela codificação do direito do consumidor*. Com uma importante diferença, é certo, pois no caso alemão e holandês a opção foi por incluir o direito do consumidor no código civil, enquanto que em França e na Itália se optou por aprovar um código do consumo ou do consumidor. Num caso e no outro, porém – na Alemanha, Holanda, França e Itália –, optou-se pela *codificação*. E esse é o passo certo, a nosso ver.

Estamos convictos de que a opção, no futuro, será entre a inclusão do direito do consumidor no *Código Civil* ou, antes, num diploma próprio, o *Código do Consumidor*. Esta é, pois, a segunda alternativa a considerar, caso se opte pela codificação em vez de manter a situação actual. Aqui chegados, inclinamo-nos para o segundo termo da alternativa, isto é, *a favor do Código do Consumidor*. Por várias razões.

À partida e desde logo, parece bem mais complexo e difícil *enxertar* o direito do consumidor no Código Civil do que fazer um diploma de raiz... Como alguém disse, é bastante mais fácil conseguir um Código do Consumidor Europeu do que um Código Civil Europeu – parece-nos que o mesmo se pode dizer no plano interno. Trata-se, afinal, em grande medida, de reunir e sistematizar, segundo uma linha de racionalização e coerência interna, *direito já hoje vigente* na ordem jurídica portuguesa e que permanece *fora do Código Civil* ou de qualquer outro código.

Observe-se, em segundo lugar, que teriam de ficar *fora* do Código Civil aspectos *fundamentais* do regime jurídico da defesa do consumidor, designadamente os que são de índole processual, penal e administrativa.

Ora a um *direito pluridisciplinar* terá de corresponder, parecidos, um novo código, que possa ele próprio incluir normas de *índole pluridisciplinar*. A não ser assim, as normas que visam a defesa do consumidor continuariam a *dispersar-se* por vários códigos, em prejuízo da sua unidade e identidade. O Código do Consumidor terá pois a vantagem, além do mais, de *concentrar* toda a disciplina relevante nesta sede, independentemente da natureza civil ou comercial, penal, administrativa ou processual das suas normas.

Outro argumento que por vezes se utiliza é o de que um código do consumidor irá provocar uma *fractura* no direito civil. Nesta linha, dir-se-á que a unidade é quebrada e que relações hoje pertencentes ao direito civil e reguladas pelo Código Civil passarão a ser objecto de um outro ramo do direito e de um novo diploma legislativo.

Nesta ordem de ideias, acrescentar-se-á, porventura, que a mesma relação jurídica será disciplinada por um ou outro Código consoante a qualidade em que intervém o particular, se como consumidor ou não.

Acabamos de abordar alguns dos problemas mais debatidos e mais complexos do direito do consumidor. Mas atente-se que tais problemas não têm propriamente que ver com a elaboração do Código do Consumidor. Eles existem já hoje, *são independentes do Código*, na medida em que há legislação que *retira* do Código Civil certas relações: as chamadas, precisamente, relações de consumo.

Com Código do Consumidor ou não, a disciplina das cláusulas contratuais gerais consta de diploma avulso, o mesmo sucedendo, entre tantos outros exemplos, com a responsabilidade civil do produtor, as viagens organizadas, os contratos a distância, o crédito ao consumo, o direito de habitação periódica, etc, etc.

A alegada *fractura*, a existir, existe já, não será o Código do Consumidor a criá-la. E estamos a falar de diplomas legais que em alguns casos *têm mais de 20 anos*, sem que a dita “*fractura*” tivesse levado o legislador a incluir tais matérias no Código Civil.

Também não será com o Código do Consumidor que surgirá o “*inconveniente*” de a mesma relação jurídica – a relação de compra e venda, por exemplo – passar a ser disciplinada por um outro Código, o Civil ou o do Consumidor, consoante a qualidade em que nela intervém o particular. Tal *inconveniente* existe desde o momento em que há

legislação especial aplicável às relações de consumo. Observe-se, por outro lado, que a situação é paralela, por ex., à da compra e venda comercial e que o critério da qualidade dos sujeitos está também presente na distinção – clássica – direito público/direito privado. Não se vê, pois, que o facto de se reservar a aplicação das (ou de algumas das) normas do direito do consumidor às relações em que o particular intervém em tal qualidade seja algo de estranho ou de singular na ordem jurídica portuguesa.

Por último, repare-se que a opção pelo Código Civil *não eliminaria* os inconvenientes e dificuldades que envolve a *codificação* do direito do consumidor, antes os *agravaria*, pela importância e peso histórico do Código Civil; e embora tenha a seu favor, sem dúvida, importantes argumentos de ordem sistemática, a verdade é que tal opção não reuniria *todas as vantagens* que o Código do Consumidor pode trazer, desde logo permitindo este, mas não aquele, acolher normas de *natureza interdisciplinar*.

Apesar do passo dado pela Alemanha e do exemplo que o mesmo poderia constituir, o certo é que, *já depois disso*, como dissemos, a Itália seguiu caminho diverso, com a publicação, em Outubro de 2005, do *Codice del Consumo*. Código este que veio mesmo revogar matéria que estava no Código Civil, por ter chamado a si a disciplina das cláusulas abusivas, até então incluída neste diploma.

E repare-se que estamos a falar de um país em que o Código Civil é como que um *código do direito privado*, por abranger não só o direito civil mas também, por exemplo, o direito do trabalho e o direito das sociedades. Estranhar-se-ia menos, por isso, que ele pudesse vir a incluir também o direito do consumidor – mas não foi essa, como vimos, a opção do legislador italiano.

## 7. Conclusão

Estamos a par do *debate europeu*, no qual, aliás, alguns de nós vão intervindo. E conhecemos também os *apelos* muito recentes de alguma doutrina a um “*direito dos cidadãos*” ou a uma “*cidadania*”

*européia*”, conceitos ou ideias em que iria desembocar o direito do consumidor.

Vemos com muita dificuldade e com grande reserva, porém, que esse passo para um “direito dos cidadãos” ou o apelo a uma “cidadania europeia” possa servir como que de *cavalo de Tróia* para uma *conquista* do direito civil pelo direito do consumidor, estendendo indiscriminadamente àquele – em detrimento dos seus princípios da autonomia, da liberdade e da igualdade – regras que se criaram e foram desenvolvendo no seio deste, para defesa do consumidor.

Mas também não nos parece, ainda que com outro sentido e preocupações, que se possa recuar ao velho conceito de *cives*, cidadão, para se justificar uma generalizada e indiferenciada inclusão do direito do consumidor no Código Civil, com base na ideia de que este abrange *todo o cidadão* e, portanto, também o consumidor.

Diria que nem a *conquista* do direito civil pelo direito do consumidor, nem a *capitulação* deste perante aquele – pois num caso e no outro seria a *especificidade* do direito do consumidor que se perderia, *em prejuízo* de quem, hoje, se visa proteger, no direito português e comunitário: precisamente, o *consumidor*!

Por último, gostaríamos de acrescentar que partilhamos em geral do sentimento de que a *proliferação legislativa* é nefasta e que a *estabilidade legislativa* é essencial para a segurança jurídica e a defesa dos direitos de cada um. Mas foi *esta mesma preocupação*, afinal, uma das razões por que decidimos aceitar o honroso convite de levar por diante esta tarefa, pois o Código do Consumidor é uma lei que *virá substituir muitas outras leis*, dispersas, por vezes repetitivas e prolixas, desligadas... Como já referimos, são 16 os diplomas legais que este Código substitui integralmente!

Sabemos que o Código, como qualquer outra lei, *por si só*, não resolve os problemas! Tudo irá depender, no essencial, da aplicação que dele se faça. Por isso mesmo, foi nosso propósito, no seio da Comissão, fazer com que a “*law in the books*” *facilite* a “*law in action*”, designadamente a “*law in the courts*”. Temos a esperança de que o Código possa vir a *ser*, como já o disse em outras ocasiões, a *matriz* e o *rosto* do direito do consumidor!

# O ANTEPROJECTO DE CÓDIGO DO CONSUMIDOR E A VENDA DE BENS DE CONSUMO\*

PAULO MOTA PINTO

Juiz do Tribunal Constitucional  
Assistente da Faculdade de Direito  
da Universidade de Coimbra  
Membro da Comissão do Código  
do Consumidor

## I. As possibilidades que se deparam ao legislador

A primeira questão que a ideia de uma codificação própria do direito do consumidor suscita é a da sua conveniência e adequação. Trata-se de uma questão de política legislativa. Para responder a ela importa considerar as opções de que o legislador dispõe, na situação actual.

A primeira possibilidade é, evidentemente, não legislar, isto é, nada fazer, deixando permanecer a situação actual em que, no direito privado, com a codificação civil coexiste um miríade de diplomas avulsos destinados à protecção do consumidor. Tal solução será sem dúvida a mais fácil, que menos problemas imediatos levantará, mas é também aquela que menos contribui para resolver o problema da dispersão das fontes do regime da protecção do consumidor (a chamada “Lei de

---

\* Publica-se o texto que serviu de base à comunicação apresentada no colóquio sobre o anteprojecto de Código do Consumidor, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 8 de Junho de 2006. Manteve-se o estilo coloquial e não foi possível, por falta de tempo, nem desenvolver alguns pontos tocados na intervenção e no debate, nem incluir referências bibliográficas mais desenvolvidas.



Defesa dos Consumidores”, isto é, a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, apenas contém um regime geral, como é sabido), com dificuldades de coordenação entre elas – por exemplo, com a adopção de noções não coincidentes de “consumidor” em diversos diplomas. Tal dispersão<sup>1</sup> constitui, sem dúvida, um problema de acesso ao Direito, e, se se entender que deve ser combatida para facilitar este acesso, não se afigura que a melhor solução seja nada fazer. Aliás, perante o grande número de diplomas destinados a proteger o consumidor que foram aprovados em vários países europeus nas últimas décadas, designadamente por influência da União Europeia – e parecendo este movimento ter atingido um estágio de momentânea pausa, pelo menos no núcleo do direito privado, depois da Directiva 1999/44/CE, de 25 de Maio de 1999 (relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas) e de a atenção se parecer dirigir, nesse domínio, para as tentativas de harmonização do direito europeu dos contratos –, compreende-se a tendência do legislador, e a reclamação da prática, para lhes conferir alguma ordem e unidade sistemática, numa codificação própria ou integrando-os numa codificação geral. Se olharmos para a integração de diplomas que visam proteger o consumidor no Código Civil alemão, em 2001, ou para a recente aprovação de um *Codice del Consumo* em Itália<sup>2</sup>, a tendência que se delineia parece ser, na verdade, no sentido de proceder a uma racionalização legislativa daquele material – e o instrumento adoptado para tal, desde os primórdios da modernidade, é, como se sabe, o Código.

---

<sup>1</sup> Cf., na nota preambular ao *Anteprojecto do Código do Consumidor*, p. 15, a lista de diplomas revogados total (Decretos-Lei n.º 446/85, de 25-10; Decreto-Lei n.º 253/86, de 25-08; Decreto-Lei n.º 238/86, de 19-8; Decreto-Lei n.º 383/89, de 6-11; Decreto-Lei n.º 138/90, de 26-04; Decreto-Lei n.º 330/90, de 23-10; Decreto-Lei n.º 359/91, de 21-09; Decreto-Lei n.º 195/93, de 24-5; Lei n.º 23/96, de 26-7; Lei n.º 24/96, de 31-7; Decreto-Lei n.º 154/97, de 20-6; Decreto-Lei n.º 234/99, de 25-6; Lei n.º 6/99, de 27-1; Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26-4; Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8-4; Decreto-Lei n.º 69/2005, de 17-3) ou parcialmente (Decreto-Lei n.º 275/93, de 5-8; Decreto-Lei n.º 209/97, de 13-8; Decreto-Lei n.º 370/93, de 29/10; Decreto-Lei n.º 81/2002, de 4-4; Lei n.º 25/2004, de 8-7).

<sup>2</sup> Decreto Legislativo de 6 de Setembro de 2005, n.º 206, na *Gazzetta Ufficiale* n.º 235, de 8 de Outubro de 2005.

A segunda possibilidade estará na tentativa de restauração de uma “unidade legislativa perdida”, mediante a integração do regime da defesa dos consumidores na codificação do direito privado comum – o Código Civil. Foi esta, em grande medida, a solução seguida pelo legislador alemão<sup>3</sup>: depois de, com a “Lei sobre os Contratos à Distância”, de 2000, a figura do consumidor ter feito a sua aparição pela primeira vez no BGB, a “Lei de Modernização do Direito das Obrigações”, de 2001, com uma grande reforma do direito geral das obrigações e da compra e venda, veio a integrar também disposições específicas das relações com consumidores – da “venda de bens de consumo” (§§ 474 a 479) –, em transposição da citada Directiva 1999/44/CE. É sem dúvida também uma via possível, mas parece-nos que há que ter consciência de razões específicas que levaram o legislador alemão a essa opção. Estas prendiam-se, antes de mais, com a existência, há duas décadas, de trabalhos para uma reforma do direito das obrigações, apoiada por sectores importantes da doutrina, com a ausência de um diploma geral destinado à protecção dos consumidores (uma *Konsumentenschutzgesetz*, como existe na Áustria ou entre nós), e, sobretudo, com a preservação da especial posição do BGB e da ciência jurídica alemã no contexto histórico e comparatístico da codificação do direito civil, mediante a sua actualização, numa tentativa, assumida nos trabalhos preparatórios, de influenciar a unificação do direito privado europeu. Isto, para além de uma outra razão – essa não específica e que deve, a nosso ver, ser considerada também pelo nosso legislador –, consistente na intenção de “generalizar”, tanto quanto possível, algumas das soluções que foram sendo adoptadas no regime dos consumidores<sup>4</sup>, fazendo-as integrar o

---

<sup>3</sup> Para um relato, v., entre nós, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A modernização do direito das obrigações”, *ROA*, 2002, pp. 91-110 e 319-345 (III: “A integração da defesa do consumidor”).

<sup>4</sup> É impossível não recordar aqui a conhecida imagem do direito comercial como uma “geleira”, de LEVIN GOLDSCHMIDT, agora aplicada ao direito dos consumidores: “O Direito Comercial assume, em face do Direito Civil em geral, a função de um *abrir caminho para reformas*. Desenvolvendo-se, não só sob a preponderante influência das classes da população economicamente mais preparadas e mais avisadas – grandes industriais, armadores, negociantes por grosso, magnates financeiros –, mas ainda

regime geral da compra e venda (por exemplo, quanto à noção de defeito, ou os prazos), com vista a evitar, tanto quanto possível, a existência de “quebras” ou “fracturas” de regime.

Por outro lado, não pode escamotear-se que a integração do regime da defesa dos consumidores no Código Civil depara com dificuldades e insuficiências graves. A primeira dessas dificuldades, de ordem teórica mas fundamental, resulta simplesmente do facto de não se ter encontrado até hoje uma concepção convincente para integrar o consumidor no direito privado comum, que assenta num “paradigma” bem diverso. O direito civil dirige-se em primeira linha ao cidadão (*cives*), independentemente do seu “papel” numa relação específica, e num plano de igualdade com a contraparte na relação – o que é, aliás, bem marcado especialmente num sistema como o nosso, onde, por exemplo, o regime do contrato individual de trabalho nunca esteve integrado no Código Civil (e foi até recentemente integrado numa codificação do direito do trabalho). O regime de defesa dos consumidores dirige-se, em grande medida – sobretudo naqueles pontos que não são susceptíveis de ser alargados à generalidade dos cidadãos –, à pessoa apenas enquanto é parte numa relação com um profissional, para a qual não dispõe de uma competência específica, e, pelo menos tipicamente, com menor

---

prevalentemente de harmonia com os interesses de tais classes, tende a penetrar das suas inclinações todo o Direito Civil e, dissolvendo-se neste, a restringir notavelmente o seu raio de acção – raio que, entretanto, se reamplia de novo com a adjução de novas normas jurídicas correspondentes a específicas necessidades do comércio. Podemos compará-lo a uma geleira: nas zonas inferiores, o gelo, fundindo-se, une-se à massa geral da água das chuvas, enquanto, nas zonas superiores, continuamente se forma novo gelo” (*Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart, 1891, pp. 11 e s., cit. por ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial. O problema da empresa como objecto de negócios*, Coimbra, 1967, p. 116, n. 61). Em tempos mais recentes, esta função foi também desempenhada, em vários problemas, pela defesa dos consumidores – pense-se, por ex., nos regimes das cláusulas contratuais gerais, da responsabilidade civil do produtor, ou da compra e venda de bens de consumo, que pela sua intenção arrancam sem dúvida da protecção dos consumidores, mas se tendem a alargar e dissolver, unindo-se “à massa geral da água das chuvas, enquanto, nas zonas superiores, continuamente se forma novo gelo”.

poder económico e social do que este<sup>5</sup>. A esta diferença corresponde uma distinção no plano da história das fontes e da respectiva metodologia: a oposição entre uma codificação, que é uma regulamentação “centralizada”, resultado da segregação de soluções pelo trabalho doutrinal, jurisprudencial e legislativo de mais de dois milénios, e a aprovação de soluções dispersas, consabida e intencionalmente fragmentárias (isto é, sem uma vocação de totalidade), a partir da jurisprudência ou de medidas políticas avulsas, ocorrendo a necessidades e problemas específicos. Foi esta última a história do regime da defesa do consumidor, a partir de um claro voluntarismo político, tanto nos Estados Unidos como, depois, na Europa (aqui em certa fase também com o pretexto da criação de um mercado único, e, depois, de um “elevado nível de protecção” do consumidor). Sem o aprofundamento do trabalho teórico de integração das disciplinas e dos regimes, não parece de esperar uma linha de coerência da tentativa de juntar numa única codificação a “matéria civilística” com a “antimatéria” da protecção do consumidor. Esta última qualificação é, aliás, tanto mais apropriada quanto o que

---

<sup>5</sup> Esta diferença reflectiu-se mesmo em dificuldades nos próprios resultados da “Lei de Modernização do Direito das Obrigações” alemã. Assim, o legislador foi obrigado a intervir novamente, em Dezembro de 2004, para esclarecer que a norma do novo § 444 do BGB, na sua imperatividade, apenas se aplicava se e “na medida em que” o vendedor tivesse sido reticente quanto a um defeito ou tivesse assumido uma garantia de qualidades da coisa, pois a pretensa imperatividade geral estava a provocar dúvidas sobre a possibilidade de limitação da garantia, designadamente, na venda de empresas (cf. o artigo 1.º, n.º 6, da “Lei de Alteração de Disposições sobre Contratos à Distância em Serviços Financeiros”, de Dezembro de 2004, que introduziu no § 444 do BGB a expressão “na medida em que” – “soweit”). V., por ex., FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN, “Ein Stein des Anstoßes: § 444 BGB n.F.”, *ZIP*, 2001, pp. 2107 e ss., JAN THIESSEN, “Garantierte Rechtssicherheit beim Unternehmenskauf? Der Gesetzentwurf zur Änderung des § 444 BGB”, in *Zeitschrift f. Rechtspolitik*, 2003, pp. 272-274, WOLFGANG WEITNAUER, “Der Unternehmenskauf nach neuem Kaufrecht”, *NJW*, 2002, pp. 2511-2517, HENNING JAQUES, “Haftung des Verkäufers für arglistiges Verhalten beim Unternehmenskauf – zugleich eine Stellungnahme zu § 444 BGB n. F.”, *BB*, 2002, pp. 417 e ss., STEPHAN LORENZ, “Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach”, *NJW*, 2005), pp. 1889-1896 (1895). Para STEPHAN LORENZ, *Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002*, *Karlsruher Forum* 2005, texto depois da n. 474, tratou-se de uma “tempestade num copo de água”.

tais propostas podem esconder, ou objectivamente implicar, seria entre nós, na realidade, um “ataque” ao Código Civil (muitas vezes em nome de uma preservação da unidade do direito privado), com a introdução nele de “corpos estranhos”, como é o caso do consumidor.

Quanto às insuficiências, notar-se-á, apenas, que a tentativa de integração (de partes) do regime da defesa do consumidor no Código Civil implica também abandonar a proposta de unificação legislativa do regime da defesa do consumidor, em todos aqueles aspectos – e são muitos – que não podem integrar o Código Civil: pense-se, por exemplo, nas inúmeras disposições sancionatórias, contra-ordenacionais ou penais, em normas processuais ou organizatórias, que integram hoje a dita “Lei de Defesa dos Consumidores”. Cumpre notar, ainda, que a instabilidade dos diplomas que visam proteger o consumidor, por vezes apontada como argumento contra a sua codificação, não deparará, certamente, a favor da integração dessas matérias no Código Civil, onde a rigidificação só poderá ser maior, e que, não estando a decorrer, nem se prevendo a curto prazo, trabalhos de reforma do Código Civil, a remissão de uma intervenção legislativa no regime da defesa dos consumidores para uma tal eventual reforma do Código Civil significa, realisticamente, uma postergação por vários anos de qualquer intervenção – isto é, a curto ou médio prazo significa a adopção da primeira alternativa referida.

Perante estas dificuldades e insuficiências, apresenta-se uma terceira possibilidade, sem dúvida também não isenta de escolhos, mas que não abdica de tentar pôr a ordem possível nos diplomas destinados à defesa do consumidor, sem, porém, qualquer incisão profunda no diploma fundamental do nosso direito privado: a tentativa de uma codificação paralela ao Código Civil, das matérias do direito do consumidor, isto é, de elaboração de um Código de Defesa dos Consumidores, ou de um Código do Consumidor. Foi essa a opção que o nosso legislador parece ter seguido, já há anos, ao promover a constituição da “Comissão para a Reforma do Direito do Consumo e do Código do Consumidor”<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> V. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Discurso do Presidente da Comissão do Código do Consumidor”, *BFD*, 72, 1996, pp. 403-410, *id.*, “Do direito do consumo ao Código do Consumidor”, *Estudos de direito do consumidor*, Coimbra Centro de Direito

E é essa a solução que, por ora, parece realmente preferível, sem prejuízo, porém, da possibilidade de, como fez o legislador alemão, se “generalizar”, alargando para além das relações com os consumidores, algumas das soluções contidas em diplomas de protecção do consumidor

## II. O regime das garantias na venda de bens de consumo e a transposição da Directiva 1999/44/CE pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril

Poderá estranhar-se a proposta de nova reforma do regime da compra e venda de bens de consumo, poucos anos depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, pelo qual foi transposta para a ordem jurídica portuguesa a referida Directiva 1999/44/CE. Na verdade, pensamos que, tal como proposto em 2003<sup>7</sup>, se mantém a conveniência em evitar, tanto quanto possível, a fragmentação e a dispersão de regimes da compra e venda. Neste aspecto, é sem dúvida de acompanhar a solução adoptada pelo legislador alemão, de “generalizar” tanto quanto possível o regime da compra e venda de bens de consumo (salvo no que concerne à sua imperatividade, e, eventualmente, num ou noutro aspecto). É a conclusão que resulta, desde logo, da incerteza sobre a delimitação dos respectivos campos de aplicação, em muitos casos – pense-se, por exemplo, nas dificuldades de qualificação do comprador como consumidor quando for uma pessoa colectiva, quando adquirir um bem para um “uso misto”, profissional

---

do Consumo, 1999, pp. 201-214, *id.*, Preâmbulo ao *Anteprojecto do Código do Consumidor*, *cit.*, e, recentemente, v. a discussão das alternativas de política legislativa referidas, em *id.*, “O anteprojecto de Código do Consumidor”, em *RLJ*, ano 135.º, pp. 193 e ss.

<sup>7</sup> V. PAULO MOTA PINTO, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo/ A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 2, 2000, pp. 247-312, *id.*, “Anteprojecto de diploma de transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito português/Exposição de motivos e articulado”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 3, 2001, pp. 165-279, *id.*, “Reflexões sobre a transposição na Directiva 1999/44/CE para o direito português”, *Themis. Revista da Faculdade de Direito da UNL*, 2001, pp. 195-218.

e não profissional, ou quando a finalidade exclusivamente não profissional da aquisição não for reconhecível à contraparte, de acordo com os critérios interpretativos gerais. Mas é também o que resulta da manifesta conveniência em evitar as referidas “quebras” ou “fracturas” de regime, que podem levantar problemas complexos (pense-se só, v. g., no direito de regresso do vendedor final de bens de consumo, ou, mesmo fora do domínio da protecção do consumidor, nas consequências, na “cadeia contratual”, de diferenças acentuadas de regime para a compra e venda entre comerciantes ou a não comerciantes)<sup>8</sup>.

É, pois, de lamentar que, por razões de oportunidade e (reconhecidamente) de urgência na transposição da Directiva 1999/44/CE, o legislador não tenha tido então suficiente “golpe de asa” para, pelo menos, promover o início de uma limitada reforma do regime geral da venda de coisas defeituosas<sup>9</sup>, limitando-se a revogar disposições da “Lei de Defesa dos Consumidores” num diploma que mantém o mesmo campo de aplicação da Directiva e a procurou seguir de perto (embora nalguns casos em o conseguir, como referiremos). Isto, tanto mais quando esse regime do Código Civil, traduzindo sem dúvida uma interessante concepção “híbrida” da venda de coisas defeituosas, arrancando da fase formativa do contrato (v. a remissão nos arts. 913.º e 905.º), mas com elementos próximos do não cumprimento (cf. o art. 914.º), foi sujeito a escrutínio doutrinal crítico logo poucos anos depois

---

<sup>8</sup> Tentámos explorar alguns destes problemas a propósito do direito de regresso do vendedor final de bens de consumo, em “O direito de regresso do vendedor final de bens de consumo”, *ROA*, 2002, pp. 143-199.

<sup>9</sup> Como aquela a que se procedeu, por ex., no direito austríaco – em 2001 foi publicada a “Lei Federal, pela qual se altera o direito da garantia no *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, na *Konsumentenschutzgesetz* e na lei do contrato de seguro” (*Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz*). O estudo que serviu de base ao anteprojecto é RUDOLF WELSER/BRIGITTA JUD, “Zur Reform des Gewährleistungsrechts”, *GA 14. ÖJT*, pp. 154-162. Cf. também WOLFGANG SCHUMACHER, “Die Anpassung des österreichischen Rechts an die EU-Vertragsklauselrichtlinie sowie an die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie”, *Zeitschrift f. Schweizerisches Recht*, 4, I, 1999, pp. 361-383, e WOLFGANG FABER, “Zur Richtlinie bezüglich Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter”, *Juristische Blätter*, 7, 1999, pp. 413-433.

de entrar em vigor<sup>10</sup>, parecendo defensável a ideia de que corresponde, com a sanção da anulabilidade e uma indemnização em princípio apenas pelo interesse contratual negativo, a um paradigma da compra e venda – o da venda de coisa específica, em que *aquela* objecto é individualizado espaço-temporalmente – que já não é hoje o dominante. Mesmo o legislador do BGB veio, aliás, a prever em 2001, no novo § 433, n.º 1, 2.ª frase, que o “vendedor tem de entregar ao comprador uma coisa livre de vícios de facto ou de direito”, caso contrário não cumprindo a sua obrigação.

Seja como for, a verdade é que existe hoje um regime da compra e venda de bens de consumo vigente na nossa ordem jurídica – o do Decreto-Lei n.º 67/2003. E, não se prevendo uma reforma do Código Civil a curto prazo, seria dificilmente explicável que tal regime não fosse integrado numa codificação do regime da defesa dos consumidores. Será, porém, a ocasião para corrigir alguns problemas que o regime do referido Decreto-Lei n.º 67/2003 apresenta, designadamente na sua conformidade com a Directiva 1999/44/CE. Para referir apenas o que nos parece mais flagrante, é de alterar o prazo de seis meses, previsto no artigo 5.º, n.º 4, daquele Decreto-Lei (“Os direitos conferidos ao consumidor nos termos do n.º 1 do artigo 4.º caducam” decorridos seis meses sobre a denúncia), que é incompatível com o artigo 5.º, n.º 1, 2.ª frase da Directiva 1999/44/CE<sup>11</sup>, e que, para a empreitada de bens de

---

<sup>10</sup> Cf. JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, *BMJ*, n.º 215 (1972), *passim*, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso – em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, 1994, pp. 294 e ss., CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. I, Coimbra, 1992, pp. 654 e ss. Para tentativas de explicação do regime, v. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Erro e incumprimento na não-conformidade da coisa com o interesse do comprador”, *O Direito*, ano 121.º, 1989, pp. 461-484, *id.*, “Perturbações típicas do contrato de compra e venda”, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coord.), *Direito das Obrigações*, Lisboa, 1991, pp. 72 e ss., JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 213 e ss. (“dualismo estrutural e sucessivo”).

<sup>11</sup> Cf. já o nosso “Conformidade e garantias...”, *cit.*, n.º V, 6. Trata-se de um prazo de caducidade que, aliás, não pode referir-se ao direito de intentar uma acção judicial de anulação, como no art. 917.º do Código Civil, pois que a consequência não



consumo, é mesmo menos protector do dono da obra do que o regime geral do Código Civil (cf. o artigo 1224.º, n.º 1). Por outro lado, seria possivelmente também a ocasião para dotar de uma sanção eficaz – por exemplo, um regime supletivo – o não cumprimento das regras do Decreto-Lei n.º 67/2003 sobre “garantias voluntárias” (artigo 9.º).

### III. Algumas soluções do anteprojecto de Código do Consumidor em matéria de garantias na compra e venda de bens de consumo

Passando à descrição geral do regime proposto no Anteprojecto de Código do Consumidor em matéria de compra e venda de bens de consumo, há que salientar que ele é marcado por duas preocupações: em primeiro lugar, evidentemente, a de conformidade com as obrigações resultantes da Directiva 1999/44/CE, conformidade assegurada quase plenamente (mas não em todos os pontos, como referimos) já pelo regime do Decreto-Lei n.º 67/2003; em segundo lugar, a preocupação de que o novo regime não reduza globalmente o nível de protecção dos compradores-consumidores. É claro que esta última preocupação depende, nalguns aspectos, da determinação, por interpretação, do direito vigente – por exemplo, quanto à extensão da imperatividade da inclusão no contrato das declarações publicitárias, nos termos do artigo 7.º, n.º 5, parte final, da Lei n.º 24/96. Frisamos, porém, que, apesar de não se introduzir grandes alterações no regime do Decreto-Lei n.º 67/2003, e de as que são propostas serem sobretudo em sentido favorável ao comprador (por exemplo, o referido caso do prazo para o exercício dos direitos), a nosso ver a manutenção ou redução do nível de protecção dos consumidores – que nada mais é, aliás, do que um postulado de política legislativa, e não uma imposição jurídica (por exemplo, constitucional) – tem de ser apreciada numa perspectiva *global*: isto é, atendendo às posições de comprador e vendedor tal como resultam do regime na sua globalidade, e não em cada ponto isoladamente.

---

é no Dec.-Lei n.º 67/2003 a anulabilidade judicial do contrato, mas sim a possibilidade da sua resolução (extrajudicial).

No que respeita à inserção sistemática, o regime da compra e venda de bens de consumo enquadra-se no título II, sobre os direitos do consumidor, e na protecção dos interesses económicos em especial. A sua delimitação faz-se, como actualmente, por remissão para as categorias de consumidor e de profissional, sem qualquer limitação consoante o tipo de bem. Por outro lado, centramo-nos apenas na compra e venda, embora se note que, a exemplo do artigo 939.º do Código Civil, o *Anteprojecto* contém uma disposição que estende o regime daquela a outros contratos onerosos de transmissão ou constituição de direitos reais ou pessoais de gozo (artigo 255.º)<sup>12</sup>.

Também como actualmente, adopta-se a noção de conformidade com o contrato, enquadrando, pois, a venda de coisas defeituosas como um problema de cumprimento. Tal enquadramento é, mesmo, explícito, na medida em que se prevê que a obrigação de entrega por parte do profissional só se considera cumprida se os bens estiverem em conformidade com o contrato no momento em que o consumidor os recebe (artigo 256.º, n.º 1). A previsão de um dever de entrega de uma coisa em conformidade com o contrato, resultante da Directiva 1999/44/CE, foi também, como referimos, seguida pelo legislador do BGB (no cit. novo § 433, sobre deveres contratuais típicos na compra e venda). Mantém-se também, por outro lado, e para além do que era exigido pela Directiva – mas tal como resulta do artigo 3.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 67/2003 –, a presunção de anterioridade do defeito (cujo alcance, aliás, tem levantado problemas no direito alemão<sup>13</sup>) para aqueles que se manifestem durante o prazo de garantia, salvo se tal presunção for incompatível com a natureza da coisa ou do defeito. O padrão para a conformidade, que consta do artigo 256.º, n.º 3, formulado segundo condições (cumulativas) para a conformidade (os “bens só são considerados conformes com o contrato se”), e não como uma presunção de

---

<sup>12</sup> Esta extensão não parece, porém, poder compreender a empreitada de consumo. Carecerá, por isso de alteração, a não se entender que este contrato deve ser objecto de algumas regras próprias (que, porém, não se encontram no *Anteprojecto*).

<sup>13</sup> V. a decisão restritiva do BGH de 2 de Jun. de 2004 (*NJW*, 2004, pp. 2299-2301), e, criticamente, por ex., S. LORENZ, ob.cit., *NJW*, p. 3020, e ID., *Schuldrechtsmodernisierung*, cit., n.º IV, 2, d), (2).

não conformidade, corresponde também ao elenco que consta do artigo 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 67/2003, embora compatibilizado com o Código Civil (pelo que se inclui o “vício que desvalorize” a coisa) e esclarecendo que as declarações públicas relevantes sobre o bem e as legítimas expectativas do comprador são critérios que relevam independentemente um do outro<sup>14</sup>. É igualmente relevante, para excluir a existência de um defeito, o facto de o comprador ter sido informado e esclarecido sobre ele antes da celebração do contrato.

Alteração significativa encontra-se no artigo 185.º, sobre a inclusão das mensagens publicitárias de terceiro no contrato. O actual artigo 7.º, n.º 5, da “Lei de Defesa dos Consumidores” prevê que “as informações concretas e objectivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário”. Esta norma, não alterada pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, vai mais longe do que o artigo 2.º, n.º 4, da Directiva 1999/44/CE, que permite ao vendedor a prova (para quaisquer declarações públicas sobre o bem) de que não tinha conhecimento nem podia razoavelmente ter conhecimento da declaração em causa, de que corrigira a declaração, até ao momento da celebração do contrato, ou de que a decisão de comprar o bem de consumo não poderia ter sido influenciada pela declaração em causa. É esta orientação que é seguida no referido artigo 185.º, limitando-se o campo de aplicação da disposição que manda incluir as disposições publicitárias imperativamente no contrato – imperatividade que, aliás, parecia carecer de uma interpretação restritiva para os contratos relativos a bens usados, quanto às mensagens publicitárias provenientes de terceiros em relação ao vendedor (não se vê porque não poderão em certos

---

<sup>14</sup> O que não era claro na Directiva. Cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, “*Caveat venditor?* A Directiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a venda de bens de consumo e garantias associadas e suas implicações no regime jurídico da compra e venda”, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO/LUÍS MENEZES LEITÃO/JANUÁRIO DA COSTA GOMES (orgs.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Coimbra, Almedina, 2002, vol. I, pp. 263-303 (281 e s.), e o nosso “Conformidade e garantias...”, cit., pp. 240-1, com mais indicações.

casos as partes, num contrato negociado, excluir a relevância de certa informação publicitária, ou, até, a ligação à publicidade feita por terceiro, como um produtor, importador, etc., para um determinado bem ou serviço, no caso, por exemplo, de um bem vendido em segunda mão).

O artigo 258.º dispõe, no n.º 3, que também “se considera que existe falta de conformidade quando, posteriormente à entrega, se verifiquem danos no próprio bem que resultem de um defeito, ou danos que venham a afectar o bem em consequência de má utilização que decorra de uma informação deficiente do consumidor”. Tal alargamento do regime do não cumprimento aos casos em que a própria coisa é danificada por um defeito ou por informação deficiente ao consumidor – abrangendo, pois, casos que seriam tratados segundo o regime geral como de “cumprimento defeituoso” ou “violação positiva do contrato” – é novo, em relação ao regime do Decreto-Lei n.º 67/2003.

Quanto aos direitos do comprador, o *Anteprojecto* mantém os quatro direitos – à reparação do bem, à sua substituição, à redução do preço ou à resolução do contrato –, que podem ser exercidos “sem encargos e à escolha do comprador” (artigo 259.º, n.º 1), e acrescenta ainda (diversamente do Decreto-Lei n.º 67/2003) o direito a uma indemnização por danos emergentes independentemente de culpa (cf. os artigos 909.º, 913.º e 915.º do Código Civil). É claro que, quando existir culpa do vendedor, a indemnização será integral, isto é, incluirá igualmente os lucros cessantes nos termos gerais. Diversamente do Decreto-Lei n.º 67/2003 – onde se contém, como limitação à escolha do comprador, apenas uma remissão (redundante) para o critério do abuso do direito –, prevê-se, porém, que o vendedor pode obstar à redução do preço (nada se dizendo para a resolução) se reparar ou substituir o bem em prazo razoável. Trata-se de uma solução que já resultará, na maioria dos casos, da aplicação daquele critério do abuso de direito, na medida em que o vício e a reparação ou substituição não tenham reduzido o valor do bem (e ressalvada a indemnização pelos prejuízos que tenham causado ao comprador)<sup>15</sup>. O artigo 259.º, n.º 4,

<sup>15</sup> Já o mesmo não poderá dizer-se para a resolução, pois a situação dos interesses parece aqui poder ser diversa. Na redução do preço, o comprador fica com o bem por um menor preço; na resolução devolve-o, e o facto de não querer ficar com o bem pode

por sua vez, limita-se a esclarecer que, quando o comprador opte primeiro pela reparação ou pela substituição da coisa, se estas não tiverem tornado o bem conforme ao contrato “mantém a faculdade de exercer, em alternativa, os outros direitos que lhe são conferidos”.

Nada se diz no *Anteprojecto*, por outro lado, sobre o problema de saber se quando o bem for reparado ou substituído se verifica um “renascimento” do prazo – tal “renascimento” apenas se encontra previsto, como regime supletivo, para as garantias voluntárias (artigo 277.º, alínea b)). Cremos que o problema deverá ser resolvido de acordo com os princípios gerais, pondo-se, designadamente, a questão de saber se é justificada uma analogia com a substituição do “velho pelo novo” – e com a compensação pelo correspondente enriquecimento (embora forçado) –, ou se deve ser tratado apenas ao nível dos pressupostos para a exigência de uma reparação ou substituição, designadamente, por recurso ao critério do abuso de direito<sup>16</sup>.

Quanto aos direitos em face do produtor, mantém-se, no artigo 260.º, um regime semelhante ao do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 67/12003<sup>17</sup>.

O *Anteprojecto* prevê também, expressamente, no artigo 261.º, que, quando, por recusa do produtor, seu representante, ou do vendedor em reconhecer a existência de uma falta de conformidade, o consumidor

---

perfeitamente ser motivado por uma quebra justificável de confiança no bem, parecendo que não deve ser limitada, para além do critério geral do abuso de direito, a possibilidade de resolução (cf., porém, diversamente, o regime geral da impossibilidade parcial, no art. 802.º do Código Civil).

<sup>16</sup> V., por ex., S. LORENZ, *Schuldrechtsmodernisierung*, cit., n.º IV, 2, b), (5), BEATE GSELL, “Nutzungsentschädigung bei kaufrechtlicher Nacherfüllung?”, *NJW*, 2003, pp. 1969-75, ATTILA FENYVES, “Vorteilsausgleichung im Gewährleistungsrecht?”, *JBl*, 121, 1999, pp. 2-12 (este contra a aplicação das regras da substituição do “velho pelo novo”).

<sup>17</sup> A disposição do n.º 2 do artigo 260.º (segundo a qual, em “caso de recusa do produtor ou se a reparação ou a substituição do bem não conduzirem à sua conformidade ao contrato, o consumidor pode exercer, contra o produtor, os outros direitos que lhe são conferidos contra o vendedor”) visa sancionar o produtor que recuse a reparação ou substituição. Mas admite-se que, perante complexos problemas que levanta, deva talvez ser eliminada.

tiver de a recorrer a uma peritagem técnica, será reembolsado do custo razoável da peritagem se obtiver ganho de causa no âmbito de uma acção judicial ou de um procedimento extrajudicial existente para a resolução de conflitos de consumo. Tal previsão específica sobre os custos de peritagem já resultaria provavelmente dos princípios gerais, mas a sua autonomização visa igualmente, de forma inovadora, tornar claros os direitos do comprador.

Quanto aos prazos, elimina-se a desconformidade com a Directiva, que já referimos, resultante de o Decreto-Lei n.º 67/2003 prever um prazo de seis meses para o exercício dos direitos (artigo 263.º). Por outro lado, é certo que se mantém como prazo de garantia para os imóveis o de cinco anos (recorde-se, aliás, que era, até 1994, apenas de seis meses, embora tal brevidade fosse criticada). Mas prevê-se que, em caso de dolo ou culpa do vendedor, por conhecer ou dever conhecer a falta de conformidade, os prazos são alargados até à prescrição ordinária – o que é um alargamento importante (e até, para os casos de mera culpa, susceptível porventura de levantar algumas dúvidas).

Prevê-se ainda, expressamente, a transmissão dos direitos do comprador, sem necessidade de declaração adrede, a qualquer pessoa a quem o bem seja posteriormente transmitido, a título gratuito ou oneroso (artigo 264.º), numa solução que actualmente só estava prevista expressamente na lei para os direitos resultantes de garantias voluntárias (artigo 9.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 67/2003).

O regime do direito de regresso do vendedor final de bens de consumo mantém-se nos termos em que está consagrado actualmente, nos artigos 7.º e 8.º do Decreto-Lei n.º 67/2003.

Por último<sup>18</sup> o regime das garantias voluntárias (também dita “garantia comercial”), adicionais aos direitos do comprador resultantes da lei, é igualmente alargado (artigos 270.º e segs.). Designadamente, prevê-se de modo expresso que, pelo seu conteúdo, a garantia tem de

---

<sup>18</sup> E deixando de lado o regime – novo – que se prevê para a mora do vendedor na entrega dos bens, fixando um prazo supletivo de entrega e prevendo a possibilidade de resolução imediata, independentemente da conversão da mora em não cumprimento com uma interpelação admonitória do vendedor.

colocar o destinatário em posição mais favorável do que a que resulta da lei. Introduce-se igualmente, como inovação, uma presunção inilidível de que a utilização do termo “garantia”, ou de expressão análoga, tem o significado de uma promessa juridicamente vinculante de, a título gratuito, substituir ou reparar o bem em causa, após o seu fornecimento, no caso de vir a apresentar defeitos de funcionamento ou alteração de qualidades. A responsabilidade pela garantia é alargada solidariamente, além do garante, ao vendedor e membros da cadeia de distribuição, e proibem-se garantias que façam depender a sua validade ou execução de procedimentos desrazoáveis ou excessivamente onerosos. Esclarece-se ainda que o comprador tem o direito de consultar o documento de garantia antes da conclusão do contrato, e que as declarações publicitárias prevalecem sobre ele, salvo se o documento de garantia for mais favorável (pelo que este não poderá ser invocado como bastante para a correcção das declarações publicitárias, para efeitos do referido artigo 185.º). E todo o regime das garantias voluntárias é garantido por um regime supletivo, que será aplicável se não for afastado por um documento com os requisitos exigidos.

# UNIÃO DE CONTRATOS DE CRÉDITO E DE VENDA PARA CONSUMO: SITUAÇÃO ACTUAL E NOVOS RUMOS

F. GRAVATO MORAIS

Professor da Escola de Direito  
da Universidade do Minho

1. Considerações gerais. 2. O contrato de crédito ao consumo e os sujeitos que nele participam. 3. União de contratos de crédito e de venda para consumo. 3.1. Situação fáctica; interesses em jogo; separação jurídica dos contratos; a regulamentação da conexão contratual. 3.2. Dependência do contrato de compra e venda em relação ao contrato de crédito; a) Requisitos da dependência; b) Efeitos da dependência; 3.3. Dependência do contrato de crédito em relação ao contrato de compra e venda. 3.3.1. Em sede de incumprimento do vendedor; a) Requisitos da dependência; b) Tipo de responsabilidade do credor; c) Meios de defesa do consumidor perante o credor; d) Prazos; e) Razão de ser do n.º 2 do art. 12.º. 3.3.2. Em sede de “resolução” dos contratos celebrados à distância ou dos contratos concluídos no domicílio (ou outros equiparados); a) Requisitos da dependência; b) Efeitos da dependência. 3.3.3. Outros casos não regulados. 4. Breve alusão à acção judicial tipo. 5. Enquadramento dogmático: a união de contratos.

## 1. Considerações gerais

O crédito ao consumo é de origem relativamente recente. Inicialmente, caracterizava-se pela existência de uma relação bilateral, em que o próprio vendedor concedia crédito ao consumidor, sob a forma



de diferimento do pagamento. O quadro contratual originário encontrava-se estreitamente ligado à venda a prestações com reserva da propriedade da coisa até integral pagamento do preço.

Paulatinamente, esta situação foi modificada com a intervenção de um terceiro especializado na concessão de crédito.

Num primeiro momento, atendendo a que se tratava para os bancos de uma área de elevado risco, tal participação realizou-se indirectamente. A situação típica era então a seguinte: o consumidor para pagamento do preço da coisa adquirida (acrescido dos respectivos juros) subscrevia letras ou livranças junto do vendedor, que as descontava ulteriormente numa instituição de crédito. A utilização de títulos cambiários impedia, assim, que fossem opostas ao seu portador (*in casu*, a entidade financeira) as excepções relevantes nas relações imediatas, isto é, entre vendedor e consumidor<sup>1</sup>.

Posteriormente, o financiador concede directamente crédito ao consumidor. Realcem-se, neste âmbito, algumas das suas formas: o mútuo de dinheiro, a abertura de crédito, a emissão de cartões de crédito e a locação financeira.

Neste quadro, foi determinante, para efeito de protecção do consumidor, o impulso dado pela Directiva 87/102/CEE, de 22 de Dezembro de 1986, referente à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao crédito ao consumo.

No nosso ordenamento jurídico, a transposição da directiva ocorreu – com atraso – através do DL 359/91, de 21 de Setembro, que estabelece o regime jurídico do crédito ao consumo<sup>2</sup>.

Entretanto, em Setembro de 2002, foi publicada uma Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à harmonização das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Esta-

---

<sup>1</sup> Em Portugal, esta prática começa a ter relevo na década de setenta do século passado. Ver, sobre o assunto, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, Os direitos dos consumidores, Coimbra, 1982, p. 143.

<sup>2</sup> O DL 359/91, de 21 de Setembro, foi alterado pelo DL 101/2000, de 2 de Junho, que transpôs a Directiva 98/7/CE, de 16 de Fevereiro de 1998. A modificação envolveu apenas a forma de cálculo da TAEG.

dos-membros em matéria de crédito aos consumidores<sup>3</sup>. Tal deveu-se, entre outros factores, à comunicação de alguns Estados-membros de que estavam a considerar proceder à revisão das legislações nacionais, à insuficiência do regime de tutela concedido e à evolução notável do crédito ao consumo. Este texto tem em vista a total revogação da Dir. 87/102/CEE.

Em 17 de Julho de 2003, o Comité Económico e Social Europeu aprovou o Parecer sobre a Proposta da Comissão – CESE 2003/918 –, sendo que em 20 de Abril de 2004, em primeira leitura, o Parlamento Europeu aprovou 152 alterações à proposta. Entretanto, em 28 de Outubro de 2004, foi dada a conhecer a Proposta alterada de Directiva (COM/2004/747/final).

Por fim, foi publicada, em 23 de Novembro de 2005, a Proposta alterada de Directiva – Corrigenda (COM (2005) 483 final/2)<sup>4</sup>. Deve assinalar-se, em jeito de comentário, que este último documento representa um significativo retrocesso ao nível da tutela do consumidor a crédito se considerarmos as circunstâncias que presidiram à elaboração de uma Proposta de Directiva sobre a matéria e se atendermos às regras que originariamente nela foram inseridas.

A nível interno, houve duas tentativas de modificação do diploma, em finais de 2002 e no início de 2004. Nenhuma delas surtiu qualquer efeito.

Projecta-se, para um futuro próximo, no entanto, o Código do Consumidor, que integrará naturalmente as regras sobre o crédito ao consumo. Foi, de resto, dado a conhecer em 15 de Março de 2006 – tendo sido recentemente concluída, em 15 de Julho, a fase de discussão pública – o mencionado texto, que contém 708 artigos e trata, de modo abrangente, as matérias ligadas ao direito do consumo<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Sobre a Proposta de Directiva, ver ALAIN GOURIO, “Le nouveau cadre juridique du crédit aux particuliers en Europe”, *Rev. Droit Bancaire et Financier*, 2003, n.º 2, pp. 132 ss.

<sup>4</sup> Ver sobre todo o processo legislativo, tendo em vista a revogação da Dir. 87/102/CEE, [http://europa.eu.int/prelex/detail\\_dossier\\_real.cfm?CL=en&DosId=176090](http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=en&DosId=176090).

<sup>5</sup> Sobre este assunto, ver o recente texto de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O anteprojecto do Código do Consumidor” RLJ, 2006, n.º 3937, pp. 190 ss. Cfr. ainda

## **2. O contrato de crédito ao consumo e os sujeitos que nele participam**

Após esta breve introdução, cumpre saber que negócios se encontram abrangidos no diploma em análise e quais os sujeitos contratantes.

A noção de contrato de crédito ao consumo tem uma valência predominantemente económica, sendo suficientemente ampla para abarcar qualquer tipo de negócio de crédito (art. 2.º, n.º 1, al. a))<sup>6</sup>.

A lei procede a uma enumeração das operações. Por um lado, sob a forma de diferimento de pagamento, cabe a típica compra e venda a prestações, mecanismo tradicional de concessão de crédito ao consumo. Previsão expressa encontra quer o mútuo de dinheiro (aqui se integrando também a abertura de crédito e o descoberto bancário), quer a utilização de cartões de crédito. Por sua vez, a locução “acordo de financiamento semelhante” abrange, por exemplo, a locação financeira para consumo (cfr. art. 3.º, al. a)).

Refira-se ainda que a mera celebração dos contratos mencionados não importa de modo automático a aplicação do regime jurídico. O diploma prevê um amplo leque de exclusões. Assim, por exemplo, o crédito gratuito, o crédito dirigido predominantemente à aquisição, à construção ou à beneficiação de edifícios ou a circunstância de o montante do crédito concedido ser inferior a 149,64 euros ou superior a 29.927,28 euros impedem a aplicação da disciplina em análise (art. 3.º)<sup>7</sup>.

---

sobre o tema, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Sobre o direito do consumidor em Portugal”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 2002, n.º 4, pp. 121 ss.

<sup>6</sup> No âmbito deste trabalho, todas as referências efectuadas sem alusão ao respectivo diploma devem entender-se como realizadas ao DL 359/91, de 21 de Setembro.

<sup>7</sup> No anteprojecto, cfr. os arts. 283.º, 285.º e 286.º. A redacção da disposição é ligeiramente diversa. Reduz-se o número de alíneas (temos agora 4 em vez das anteriores 6). No entanto, a al. a) resulta dos arts. 285.º e 286.º. Para além disso, do regime de exclusões – no n.º 1 do art. 283.º – consta ainda o art. 2.º, n.º 2 DL 359/91.

Do ponto de vista dos sujeitos contratantes, há que considerar as figuras do consumidor e do credor.

O beneficiário do crédito é a pessoa singular (física) que actua com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional (art. 2.º, n.º 1, al. b)). Não se permite, pois, que uma pessoa colectiva (v.g., uma sociedade comercial) assuma a veste de consumidor<sup>8</sup>.

Por sua vez, o dador de crédito é a pessoa singular ou colectiva que, no exercício da sua actividade comercial ou profissional, concede o crédito (art. 2.º, n.º 1, al. c))<sup>9</sup>. A formulação reveste grande amplitude, abarcando todo o tipo de pessoas em sentido jurídico, sendo posteriormente delimitada, já que se pressupõe uma concessão de crédito no exercício da sua actividade comercial ou profissional<sup>10</sup>.

### 3. União de contratos de crédito e de venda para consumo

A protecção do consumidor a crédito assenta, no diploma em apreço, em três pilares fundamentais: o da celebração e do conteúdo do contrato de crédito, o da revogação da declaração que tem vista a conclusão do contrato de crédito e o da conexão entre os negócios.

---

<sup>8</sup> No anteprojecto, o entendimento é alterado. A noção de consumidor (também a crédito) decorre do art. 10.º, n.º 1, prevendo-se, no entanto, a possibilidade de extensão do regime às pessoas colectivas que preencham os requisitos consagrados no art. 11.º, n.º 1 (e naturalmente às pessoas singulares que actuem para a prossecução de fins que pertençam ao âmbito da sua actividade profissional).

<sup>9</sup> O anteprojecto não nos dá uma definição de credor, embora do art. 284.º, n.º 5 se deduza uma ampla definição.

<sup>10</sup> Neste texto, abordamos ainda a união de negócios em sede de contratos celebrados à distância e de contratos concluídos no domicílio (ou outros a este equiparados), cuja disciplina consta do DL 143/2001, de 26 de Abril.

No anteprojecto, ver o art. 187.º *ex vi* art. 300.º.

O âmbito de aplicação deste diploma tem um alcance diverso do analisado em texto. Para além de os contratos em causa se celebrarem entre um consumidor (sendo aqui semelhante a noção) e um fornecedor (art. 1.º, n.º 3, al. b) DL 143/2001), eles têm, naturalmente, um domínio bem distinto quando confrontados com os contratos de crédito ao consumo (arts. 2.º, al. a) e 13.º DL 143/2001).

Interessa-nos sobretudo esta última temática, ainda que não descuremos algumas referências, sempre que se mostrar necessário, aos outros dois aspectos.

### ***3.1. Situação fáctica; interesses em jogo; separação jurídica dos contratos; a regulamentação da conexão contratual***

Cabe, pois, tratar do problema da ligação entre os contratos de crédito e de venda para consumo.

Na sua análise partimos da premissa de que foram celebrados pelo menos dois negócios: um entre vendedor e consumidor (o contrato de consumo) e outro entre credor (pessoa distinta do vendedor) e consumidor (o contrato de crédito).

Do ponto de vista dos interesses em jogo, a separação absoluta dos contratos é pretendida não só pelo dador de crédito, mas também pelo vendedor, para os quais um eventual conflito deve ser dirimido exclusivamente entre os respectivos contraentes. Já o consumidor prossegue o interesse oposto: o reconhecimento da dependência recíproca dos contratos. No entanto, na maior parte das vezes, não se apercebe das consequências daquela separação. Acresce que lhe é indiferente quem concede o crédito, desde que possa dispor do montante necessário para adquirir o objecto que pretende.

Ora, o contrato de crédito apresenta-se como um negócio juridicamente autónomo do contrato de compra e venda. De resto, tal independência é reforçada por vezes com a cláusula de inoponibilidade das excepções, daquele constante, que impede o consumidor de invocar perante o financiador os meios de defesa decorrentes da relação com o vendedor.

Este “fraccionamento contratual” conjugado com o princípio da relatividade dos contratos (art. 406.º, n.º 2 CC) criou inicialmente alguns obstáculos à conexão entre os negócios.

Numa primeira fase, na falta de intervenção legislativa específica, a doutrina e a jurisprudência (em especial a estrangeira)<sup>11</sup> tentaram

---

<sup>11</sup> A título exemplificativo, saliente-se que alguma doutrina alemã se baseava no § 242 BGB (THOMAS ABELTSHAUSER, “Der Einwendungsdurchgriff zwischen

ultrapassar tais dificuldades, ainda que se defendesse a inexistência de qualquer ligação entre os contratos<sup>12</sup>.

Actualmente, a questão encontra-se regulada, ainda que, como veremos, não apenas num único diploma.

O DL 359/91 trata justamente nos dois números do art. 12.º da base, do grau e dos efeitos da ligação entre os negócios<sup>13</sup>.

---

Rechtsgeschäftslehre und Vertrauenshaftung”, *ZIP*, 1990, pp 693 ss.) ou no § 139 BGB (MAX VOLLKOMMER, “Zum Rückforderungsdurchgriff bei *verbundenen Geschäften*”, *FS Merz*, 1992, p. 607) para sustentar a dependência contratual.

<sup>12</sup> Na doutrina alemã, JOACHIM BUSCH considerava que compra e empréstimo constituíam apenas economicamente uma unidade, mas não juridicamente. Na hipótese de a coisa não ser entregue (ou apenas ser parcialmente) e mesmo até no caso de insolvência do vendedor, o comprador deveria pagar o empréstimo (“Hat der Käufer Einreden aus dem in Verbindung mit einem Finanzierungsgeschäft abgeschlossenen Kaufvertrag gegenüber dem Finanzierungsinstitut?”, *MDR*, 1952, p. 210). Conclui o autor que o adquirente suportava sempre o risco “se o programa da compra não decorre como previsto” (ob. cit., p. 211).

A mesma orientação seguiu HANS MÜHLHÄUSER. Utilizou o autor argumentos meramente formais para justificar a sua posição (alegando, por exemplo, que o credor não é parte no contrato de compra e venda ou que o crédito é concedido ao consumidor e não ao vendedor), reconhecendo a existência de uma ligação económica – mas não jurídica – entre os contratos (“Einkaufsfinanzierung – Verkaufsfinanzierung”, *MDR*, 1955, pp. 267 e 268).

A jurisprudência alemã, porém, desde os primeiros casos publicados a partir dos anos 50 (ressalvadas pontuais situações – cfr. a sentença do LG Freiburg, de 15.6.1954, *MDR*, 1954, p. 611), sempre sustentou a existência de ligações entre os contratos, v.g. reconhecendo a faculdade de – preenchidos certos requisitos – o consumidor poder opor excepções decorrentes da compra e venda junto do credor. Para uma visão mais abrangente do conjunto de decisões a que aludimos, veja-se MARSCHALL VON BIBBERSTEIN, *Das Abzahlungsgeschäft und seine Finanzierung – Die Rechte des Käufers gegenüber dem Finanzierungsinstitut*, München, Berlin, 1959, pp. 54 ss.

Mais recentemente existem decisões de tribunais italianos que afirmam a inexistência de uma ligação contratual. A *Corte d'Appello di Cagliari* pronunciou-se neste sentido (a decisão é de 12 de Janeiro de 1994, *RGSarda*, 1995, p. 311). Seguindo ainda a mesma orientação, a Sentença do Trib. Chiaviari, 22.9.1998, n. 464, referenciada por GIANLUCA TARANTINO, “Credito al consumo e obblighi di restituzione della somma mutuata”, *BBTC*, Nuova Serie, 2002, p. 403, nota 10.

<sup>13</sup> No anteprojecto, ver os arts. 304.º a 308.º

No n.º 1 consagra-se a subordinação do contrato de compra e venda em relação ao contrato de crédito.

No n.º 2 determina-se a dependência do contrato de crédito em relação ao contrato de compra e venda.

Não se descure a relevância que assumem os arts. 8.º, n.º 3 e 19.º, n.º 3 do DL 143/2001, de 26 de Abril, que consagra o regime jurídico dos contratos celebrados à distância e dos contratos concluídos no domicílio (ou outros equiparados)<sup>14</sup>.

### ***3.2. Dependência do contrato de compra e venda em relação ao contrato de crédito***

#### **a) Requisitos da dependência**

O problema da dependência do contrato de compra e venda em relação ao contrato de crédito encontra-se consagrado no n.º 1 do art. 12.<sup>o</sup><sup>15</sup>.

Tomando como ponto de partida a existência de dois contratos, um de crédito e outro de consumo, a concepção que subjaz ao n.º 1 assenta em dois pressupostos: por um lado, a “designação finalista” do crédito e, por outro, a “unidade económica” dos contratos.

Quanto àquele, como dispõe o n.º 1 em análise, o crédito deve ter sido concedido “para financiar o pagamento de um bem vendido por terceiro”.

---

<sup>14</sup> Embora também se preveja no art. 16.º, n.º 6 e no art. 49.º, n.º 2 DL 275/93, de 5 de Agosto, duas situações de dependência do contrato de crédito em relação ao contrato de aquisição do direito real de habitação periódica ou do direito real de habitação turística (ao nível da “resolução”), este não será objecto de análise no presente estudo, em virtude de o texto em causa ter sido preparado no âmbito de um seminário sobre o “Crédito ao Consumo e as Vendas à Distância”.

<sup>15</sup> No anteprojecto, cfr. o art. 304.º, que se refere, de modo restrito, a contrato de mútuo e a contrato de abertura de crédito (e não, em termos amplos, a contrato de crédito). Veja-se, contudo, que os arts. 285.º e 286.º permitem a extensão daquela regra à locação e à locação financeira.

A presença deste elemento deduz-se apenas da relação jurídica existente entre dador de crédito e consumidor. Trata-se de um pressuposto meramente descritivo, bastando o mero conhecimento por parte do financiador do destino do crédito (e naturalmente que a utilização do dinheiro corresponda efectivamente a esse fim). Esse conhecimento pode resultar de meras conversas tidas com o consumidor ou de uma estipulação aposta no próprio contrato de crédito (a comumente designada cláusula de fim). É o que parece resultar da ampla formulação normativa<sup>16</sup>.

Afastamo-nos, pois, da orientação que considera necessária a existência de uma “vinculação finalista”, isto é, que, exclusivamente por via de uma cláusula de destinação, o crédito tenha sido concedido para um específico propósito<sup>17</sup>.

Não cabem deste modo na hipótese legal os créditos cuja finalidade de utilização seja desconhecida, usualmente designados “créditos não afectados”. Aqui o consumidor dispõe do montante de crédito sem

---

<sup>16</sup> É o que alguma doutrina alemã traduz por *Zweckbestimmung*. Neste sentido, ver ULRICH FRANZ, *Der Einwendungsdurchgriff gemäß § 9 Absatz 3 Verbraucherkreditgesetz*, Baden-Baden, 1995, pp. 79 ss., HANS-PETER SCHWINTOWSKI/FRANK SCHÄFER, *Bankrecht: Commercial Banking – Investment Banking*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1997, p. 696, PETER MÜLBERT, “Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Darlehen vor dem Hintergrund des neuen Verbraucherkreditgesetzes”, *ÖBA*, 1993, p. 188).

De resto, já anteriormente tínhamos seguido esta orientação (GRAVATO MORAIS, “Do regime jurídico do crédito ao consumo”, *Scientia Iuridica*, 2000, p. 407).

<sup>17</sup> Uma vinculação finalista – *Zweckbindung* – é sustentada por HANS-JÜRGEN LWOWSKI, no quadro da *VerbrKrG*, a qual se traduz numa exclusão do consumidor da livre disposição sobre o montante do crédito (em LWOWSKI/PETERS/GÖBMAN, *Verbraucherkreditgesetz. Kreditverträge, Leasing, verbundenes Geschäft*, 2. Aufl., Berlin, 1994, p. 193). Idêntica orientação seguem, entre outros, VOLKER EMMERICH (em EMMERICH/MÜNSTERMANN/WAGNER-WIEDUWILT, *Praktische Umsetzung des Verbraucherkreditgesetzes*, Frankfurt am Main, 1991, pp. 453 ss.), SYBILLE KESSAL-WULF (*Verbraucherkreditgesetz*, Berlin, 1998, pp. 362 ss.) e RÜDIGER MARTIS (“Verbundene Geschäfte nach § 9 VerbrKrG”, *MDR*, 1999, p. 65).

No âmbito da directiva comunitária, CHRISTOF SCHMIDT releva também a vinculação finalista (*Zweckbindung*) do empréstimo (*Der Einfluß europäischer Richtlinien auf das innerstaatliche Privatrecht am Beispiel des Einwendungsdurchgriffs bei verbundenen Geschäften*, Frankfurt am Main, 1997, pp. 12 ss.).



qualquer conexão com a aquisição de uma coisa, podendo fazer o que bem lhe aprouver com a quantia mutuada<sup>18</sup>.

Deduz-se também da norma o requisito da “unidade económica” (*wirtschaftliche Einheit*), expresso na relação de colaboração, mais ou menos intrínseca, mais ou menos estreita, entre dador de crédito e vendedor, tendo em vista a preparação ou a conclusão do contrato de crédito (art. 12.º, n.º 1, *in fine*).

Essa cooperação, dada a latitude da formulação legal (“qualquer tipo de colaboração”) pode manifestar-se sob as mais diversas formas, v.g., se existe um contrato quadro, uma ligação consorcial, uma relação comercial sistemática e duradoura entre credor e vendedor ou até se o vendedor sem acordo prévio com o dador de crédito angaria clientes para este, que por sua vez os aceita. Aliás, uma colaboração ocasional não parece prejudicar a aplicação do normativo. São, pois, escassos os casos em que não se pode deduzir a sua existência<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Este requisito tem sido, de resto, usado pela doutrina para diferenciar os verdadeiros créditos pessoais (*echten Personalkredite*) dos restantes créditos. Naqueles, o consumidor pode utilizar livremente a quantia mutuada. Nos créditos não pessoais, também ditos afectados ou não livres, o empréstimo apenas pode ser usado para uma determinada finalidade.

<sup>19</sup> A lei alemã utiliza um “conceito” homogéneo de unidade económica (*wirtschaftliche Einheit*), válido portanto para todo o tipo de dependência contratual. Todavia, não é dada uma noção legal. O § 358, Abs. 3, S. 1 e 2 BGB (que corresponde, em termos gerais, ao revogado § 9, Abs. 1 *VerbrKrG*), depois de enunciar o requisito, limita-se, a título meramente exemplificativo, a afirmar que se deve admitir essa unidade “se o próprio empresário (*Unternehmer*) financiou a contraprestação do consumidor, ou no caso de financiamento através de um terceiro, se o dador do empréstimo (*Darlehensgeber*) se serve na preparação ou na conclusão do contrato de empréstimo ao consumidor (*Verbraucherdarlehensvertrag*) da colaboração do empresário”.

Afastou-se, portanto, o legislador alemão dos termos ‘contrato de crédito’ (*Kreditvertrag*) e ‘dador de crédito’ (*Kreditgeber*), inicialmente constantes da *VerbrKrG* – ver PETER BÜLOW, “Verbraucherkreditrecht im BGB”, NJW, 2002, p. 1146. Como expressa ainda o autor, esta matéria, tradicionalmente regulada na *VerbrKrG*, enquadra-se agora nas normas gerais sobre o direito de revogação (ob. loc. cit.). Note-se que o contrato de empréstimo ao consumidor (*Verbraucherdarlehensvertrag*) se encontra previsto nos §§ 491 ss. BGB, integrado no subtítulo I, relativo ao contrato de empréstimo (*Darlehensvertrag*), §§ 488 ss. BGB. Os outros contratos de crédito ao consumo estão,

Por sua vez, tal cooperação pode limitar-se a uma só fase ou pode abarcar, o que é a regra, duas ou mais fases. Assim, pode incidir na promoção, na negociação, na preparação ou na conclusão do contrato de crédito<sup>20</sup>.

---

por sua vez, disciplinados nos §§ 499 ss. BGB (subtítulo II) e no § 505 BGB (subtítulo III).

Retomando a nossa exposição, impõe-se referir que a “noção” de unidade económica, concretizada num exemplo regra (*Regelbeispiel*) – que contém, para alguns, como é o caso de ULRIKE COMPENSIS/KERSTIN REISERER uma presunção irrefutável da existência de negócios coligados, “Partnerschaftsvermittlung und Verbraucher-kreditgesetz”, *BB*, 1991, p. 2462 – está consagrada actualmente num só preceito do BGB, na sequência da reforma do direito das obrigações de 2001. Esse normativo abarca um conjunto de normas anteriormente espalhadas por vários diplomas de protecção do consumidor (o § 9, Abs. 1 *VerbrKrG*, o § 4, Abs. 2, S. 1 e 2 *FernAbsG* e o § 6, Abs. 2, S. 1 e 2 *TzWrG*). Relativamente ao propósito da harmonização, cfr. BT-Drucksache 14/6040, p. 200. Quanto à transformação global operada, vejam-se as críticas de MARKUS ARTZ, o qual se refere a uma norma complicada e confusa (“Neues Verbraucherkreditrecht im BGB”, [www.jura.uni-freiburg.de/Junge.Zivilrechtswissenschaftler/Freiburg2001/Tagungsband/Artz.pdf](http://www.jura.uni-freiburg.de/Junge.Zivilrechtswissenschaftler/Freiburg2001/Tagungsband/Artz.pdf), p. 239).

No que toca ao crédito ao consumo, importa afirmar que o “conceito” de unidade económica, plasmado no § 358, Abs. 3, S. 1 e 2 BGB, serve de elemento aglutinador de todas as hipóteses previstas no § 358, Abs. 2 BGB (correspondente, no essencial, ao anterior § 9 Abs. 2 *VerbrKrG*), no § 359 BGB (anterior § 9, Abs. 3 *VerbrKrG*) e ainda no quadro do § 358, Abs. 1 BGB. Por um lado, no caso de dependência do contrato de crédito em relação ao contrato de compra e venda, abrange todas as hipóteses, desde a invalidade ao incumprimento. Por outro, na situação inversa (subordinação do contrato de compra e venda ao contrato de crédito) aplica-se em sede de revogação.

No quadro do nosso regime jurídico, os caracteres da “colaboração” variam em função do sentido em que opera a dependência e, nalguns casos, também em razão do remédio jurídico utilizado.

No anteprojecto adopta-se também uma definição variável. Apesar do art. 304.º tender para uma noção unitária, o art. 308.º, n.º 1, al. b) consagra um conceito específico.

Seria, a nosso ver, positivo que o legislador optasse por uma única fórmula, a qual deve ser, por sua vez, a mais ampla possível, como de resto decorre do próprio art. 304.º. Só assim se evitam dúvidas interpretativas e se protegem de modo mais eficaz os interesses do consumidor a crédito.

<sup>20</sup> Quanto aos pressupostos de aplicação da norma, ver GRAVATO MORAIS, União de contratos de crédito e de venda para consumo. Efeitos para o financiador do incumprimento pelo vendedor, Coimbra, 2004, pp. 72 ss., notas 147, 148 e 149 e

Note-se que a existência de uma cooperação entre financiador e vendedor – que incumbe ao consumidor provar – é, em regra, efectuada através de indícios. Relevemos alguns: o vendedor dispõe de formulários de pedidos de crédito, auxiliando o consumidor no seu preenchimento; as circunstâncias de tempo e de lugar da celebração dos contratos; a utilização de formulários sintonizados ou coordenados; a inexistência de um contacto directo entre financiador e consumidor.

Não será pois difícil ao beneficiário do crédito fazer a demonstração deste requisito em particular, apesar de nada lhe ser dado a conhecer quer pelo financiador, quer pelo vendedor.

Esta é, portanto, a base desta ligação contratual. A característica marcante dos requisitos é, pois, a grande amplitude.

#### b) Efeitos da dependência

Preenchidos os pressupostos enunciados pode agora falar-se de uma dependência (legal) do contrato de venda para consumo relativamente ao contrato de crédito, de sorte que a (in)validade ou a (in)eficácia deste se repercute naquele (art. 12.º, n.º 1). É, no fundo, o efeito da conexão dos contratos: a propagação no outro negócio da vicissitude que afecta o contrato viciado<sup>21</sup>.

Atentemos, em primeiro lugar, nas questões de invalidade. Assim, o contrato de crédito pode ser nulo – porque, *v.g.*, não foi entregue ao consumidor um exemplar do contrato de crédito no momento da sua assinatura (art. 6.º, n.º 1)<sup>22, 23</sup> ou porque não é feita no contrato qualquer

---

pp. 33 ss., notas 37 e 38. Na jurisprudência, ver sobre o assunto a Sentença do Tribunal Cível do Porto, de 15.1.2003, Proc. n.º 1192/2002 (RUI ROCHA), *Sub Judice*, n.º 24, 2003, p. 96.

<sup>21</sup> O art. 305.º do anteprojecto refere-se apenas à ineficácia. De todo o modo, deve sempre entender-se aqui tal conceito em sentido amplo, abarcando também os casos de invalidade.

<sup>22</sup> Têm sido decididos pela jurisprudência portuguesa alguns casos neste âmbito.

Vejam-se o Ac. STJ, de 22.6.2005 (OLIVEIRA BARROS), CJ, Ac. STJ, 2005, II, pp. 135 ss., o Ac. Rel. Lisboa (EZAGUY MARTINS), CJ, 2005, III, p. 80, o Ac. Rel.

menção à TAEG (art. 7.º, n.º 1, 2.ª parte)<sup>24</sup> –, de modo que não produz os efeitos a que tende.

Por força do art. 12.º, n.º 1 essa consequência projecta-se no contrato de compra e venda, sendo este também nulo<sup>25</sup>.

O mesmo raciocínio vale para os casos de anulabilidade do contrato de crédito. Assim, se, v.g., faltar no contrato a menção relativa ao período de reflexão, o contrato de crédito é anulável (art. 6.º, n.º 2, al. f) e art. 7.º, n.º 2). Esta consequência pode, por sua vez, repercutir-se no contrato de compra e venda celebrado<sup>26</sup>.

---

Lisboa, de 16.12.2003 (FARINHA ALVES), p. 8 e o Ac. Rel. Lisboa, de 2.6.1999 (QUIRINO SOARES), pp. 3 ss., estes dois últimos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Noutras situações, apesar do o tribunal reconhecer a nulidade do contrato de crédito (atenta a falta de entrega de um exemplar do contrato no momento da sua assinatura), entende-se que no caso concreto a invocação da nulidade configura um abuso do direito, sob a forma de *venire contra factum proprium*. Ver os Acs. Rel. Porto, de 22.2.2005 (HENRIQUE ARAÚJO) e de 19.9.2000 (CÂNDIDO LEMOS), ambos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

O anteprojecto modifica esta temática, havendo um retrocesso na esfera jurídica do consumidor a crédito. Da omissão de entrega do exemplar apenas decorre um direito do consumidor a ser indemnizado (art. 195.º, n.º 3; ver também o art. 188.º, n.º 3).

<sup>23</sup> Compete ao financiador a prova de que o exemplar do contrato foi entregue no momento da sua assinatura (neste sentido, o citado Ac. Rel. Porto, de 22.2.2005).

<sup>24</sup> O art. 6.º estabelece, no âmbito da obrigação de transparência que deve informar os contratos de crédito ao consumo, quais os elementos que devem constar do contrato, sob pena de a sua falta originar a invalidade do negócio, que de resto só pode ser invocada pelo consumidor.

<sup>25</sup> Neste sentido, cfr. a Sentença do Tribunal Cível do Porto, de 15.1.2003, Proc. n.º 1192/2002 (RUI ROCHA), *Sub Judice*, n.º 24, 2003, pp. 93 e 98.

<sup>26</sup> A nulidade ou a anulação de um negócio pressupõem uma decisão judicial nesse sentido. Ora, o consumidor só pode fazer repercutir a sanção no outro negócio (*in casu*, o de compra e venda) em acção instaurada também contra o vendedor. Por uma questão de economia e de celeridade processuais e ainda por razões financeiras, o consumidor deve intentar desde logo a acção contra o financiador e contra o vendedor.

Sobre o direito de informação, ver o Ac. Rel. Lisboa, de 7.4.2005 (SALAZAR CASANOVA), CJ, 2005, II, pp. 82 ss. O aresto, tratando também da problemática ao nível do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, considera o contrato de crédito anulável por faltar no texto do contrato a informação relativa aos “elementos de custo”. Não se trata, porém, na decisão da questão da repercussão da anulabilidade no contrato de compra e venda.

O normativo não se limita a regular a questão ao nível da invalidade, projectando-a também em sede de ineficácia.

Vejamos alguns exemplos, salientando em primeiro lugar a revogação da declaração negocial relativa à celebração do contrato de crédito (art. 8.º, n.º 1).

Com efeito, nos primeiros sete dias úteis subsequentes à entrega do exemplar do contrato de crédito (que deve coincidir com o momento da celebração e da assinatura pelos contraentes – art. 6.º, n.º 1), a eficácia deste negócio encontra-se suspensa (“a declaração... só se torna eficaz” – art. 8.º, n.º 1)<sup>27</sup>.

Durante esse período, o consumidor pode exercer o direito potestativo de “revogação” do contrato de crédito, nos termos do art. 8.º: em declaração escrita – preferencialmente por carta registada com aviso de recepção – dirigida ao credor (onde se deve identificar o contrato de crédito a revogar, mas sem necessidade de invocar qualquer motivo que sustente a revogação), expedida até ao último dia do prazo referido.

A revogação, nos termos descritos, da declaração negocial dirigida à conclusão do contrato de crédito repercute-se também no contrato de venda para consumo.

Aliás, é justamente no decurso deste espaço de tempo que a lei se refere à circunstância de o consumidor não poder “exigir” do credor o cumprimento do contrato de crédito, nem ao vendedor a entrega do bem (art. 8.º, n.º 4), o que transmite a ideia de propagação da suspensão da eficácia.

Ora, revogado o contrato de crédito, mostra-se possível ao consumidor repercutir tal efeito no contrato de consumo através do exercício da correspondente pretensão (revogação do contrato de consumo). Assim, caso o consumidor pretenda pagar a ineficácia ao contrato de con-

---

<sup>27</sup> Acolhe-se aqui o “modelo da eficácia suspensa”, pelo que “o contrato só terá efeito se, durante o período de reflexão, o direito de arrependimento não for exercido. O acordo contratual começa assim por ser ineficaz, podendo tornar-se eficaz mediante a verificação de uma omissão (facto negativo)”. Neste sentido, ver CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Almedina, 2005, pp. 110 e 112 e ainda GRAVATO MORAIS, “Do regime jurídico do crédito ao consumo”, *Scientia Iuridica*, 2000, pp. 397 e 399, nota 73.

sumo conexo, deve enviar – por escrito – a correspondente declaração de revogação ao vendedor, já que o efeito não opera automática nem simultaneamente.

Ainda neste âmbito (o da ineficácia) cabe, v.g. a resolução por incumprimento do financiador do contrato de crédito, sob a forma de omissão de entrega do montante mutuado.

O incumprimento definitivo do contrato de crédito permite ao consumidor a sua resolução. Extinto aquele negócio, o consumidor pode exercer perante o fornecedor o correlativo remédio jurídico, a resolução do contrato de consumo.

### ***3.3. Dependência do contrato de crédito em relação ao contrato de compra e venda***

#### **3.3.1. Em sede de incumprimento do vendedor**

A questão da dependência do contrato de crédito em relação ao contrato de consumo é posta pelo legislador apenas no domínio do (in)cumprimento (art. 12.º, n.º 2)<sup>28</sup>.

A referida Proposta de Directiva, de Setembro de 2002, no art. 19.º, § 2.º, pretendia modificar o número em análise. Dispunha-se aí que “se o fornecedor de bens ou de serviços intervier a título de intermediário de crédito, o mutuante e o fornecedor são obrigados de forma solidária a compensar o consumidor caso os bens ou serviços cuja aquisição é financiada pelo contrato de crédito não sejam fornecidos, sejam fornecidos parcialmente ou não estejam em conformidade com o contrato de fornecimento”. As alterações propostas interferiam, assim, não só ao nível dos pressupostos (v.g., introduz-se o conceito de intermediário de crédito, prescinde-se da existência de uma relação de exclusividade entre mutuante e fornecedor), como também no campo

---

<sup>28</sup> A situação assemelha-se no anteprojecto, em razão do texto do art. 308.º, havendo, contudo, que atender ao art. 307.º.

dos efeitos (consagra-se o regime da solidariedade entre credor e fornecedor).

Porém, na sua última versão, a Proposta modificada de Directiva, de Novembro de 2005, altera no art. 14.º, que tem como epígrafe “transacções ligadas”, os dados originários, como que regressando ao passado, retornando aos requisitos que constavam já da Directiva 87/102/CEE, em particular reintroduzindo o elemento “exclusividade”.

#### a) Requisitos da dependência

Em face do regime jurídico vigente no nosso país, há que atender, *in casu*, ao art. 12.º, n.º 2.

Ao contrário do n.º 1, os requisitos do n.º 2, tendo em vista a demanda do credor pelo consumidor, são em maior número e são também mais exigentes.

Em primeiro lugar, o preceito impõe a conclusão de um contrato de crédito com pessoa diversa do vendedor ou, dito de outro modo, que o vendedor não tenha intervindo, não seja parte no contrato de crédito.

Exige-se, por outro lado, a existência de um “acordo de colaboração” entre credor e vendedor, que pressupõe, pelo menos, a existência de uma relação fáctica de cooperação de carácter duradouro que permita ao consumidor a aquisição a crédito. Não cabe, portanto, aqui a chamada colaboração ocasional.

Este acordo, que não tem que revestir a forma escrita, deve ser prévio (em regra, a ambos os contratos) e deve ter carácter exclusivo.

Uma referência particular ao vínculo de exclusividade. Por um lado, tal laço não necessita de ser recíproco. Basta apenas que o seja unilateralmente, em qualquer direcção (incidindo sobre a pessoa do vendedor, no sentido de este negociar apenas com um determinado credor, ou sobre a pessoa do financiador, embora esta seja uma hipótese rara).

É ao consumidor que compete alegar e provar não só o acordo de colaboração, como – o que se torna agora bem mais difícil – a sua exclusividade.

Também aqui tal demonstração é feita através de indícios. Salientem-se, no tocante à exclusividade, entre outros, a oposição na montra

do estabelecimento comercial do fornecedor de um ou de vários símbolos que identificam um único financiador ou as declarações do vendedor relativas à promoção do crédito.

Por força deste elemento (exclusividade) pode concluir-se que a responsabilidade do credor fica extremamente diluída. Não só a sua prova é mais exigente (nada sendo referido ao consumidor, pelos opostos contraentes, acerca de uma eventual ligação deste tipo), como também os vínculos deste género são em muito menor número.

A originária Proposta de Directiva de 2002 afastava – na esteira do que ocorre, desde os seus primórdios, com a legislação de alguns países europeus (citem-se, *v.g.*, os casos alemão, desde a *VerbrKrG* de 1991 e mantendo-se essa situação no actual § 358 BGB, e inglês, desde o *Consumer Credit Act* de 1974) – a existência de uma ligação exclusiva.

Prosseguindo na análise dos requisitos, determina-se ainda que o crédito tenha sido obtido no âmbito do mencionado acordo de colaboração (art. 12.º, n.º 2, al. b)).

A norma valoriza a concreta colaboração entre credor e vendedor, entendendo-a como contributo essencial para a obtenção do crédito pelo consumidor.

Contrapõem-se, assim, duas situações distintas: aquela em que ao consumidor é concedido um crédito na sequência de uma cooperação concreta entre credor e vendedor; e aquela em que o consumidor obtém o crédito à margem de uma tal colaboração (*v.g.*, o consumidor, de mote próprio e por sua conta, obtém do financiador um empréstimo, sem ter ocorrido uma específica colaboração entre aqueles). Apenas na primeira hipótese se preenche o requisito legal.

Exige ainda a lei o incumprimento (decorrente da omissão de entrega da coisa) ou o cumprimento defeituoso (por exemplo, o defeito da coisa, a falta de qualidades da coisa asseguradas pelo vendedor, a prestação de coisa de tipo diverso da devida) da venda para consumo por parte do fornecedor.

Determina ainda o preceito que o consumidor, verificado o incumprimento, não tenha obtido do vendedor “a satisfação do seu direito” (art. 12.º, n.º 2, próémio, *in fine*).

Impõe-se, pois, que o consumidor, num primeiro momento, reclame junto do vendedor o cumprimento exacto do contrato (a entrega



da coisa, a reparação da coisa ou a substituição da coisa). O financiador não interveio directamente na venda para consumo, pelo que não deve ser, numa primeira fase, imiscuído no conflito.

No caso de o comprador (e beneficiário do crédito) não ter obtido do vendedor a satisfação do direito ao exacto cumprimento – é assim que entendemos a expressão legal – pode então dirigir-se ao credor.

A recusa do fornecedor em cumprir, a impossibilidade de realização da pretensão do consumidor por efeito da insolvência do vendedor (ou situação afim, por exemplo, a fuga do vendedor ou o encerramento do seu estabelecimento comercial), a persistência do defeito, apesar da reparação efectuada pelo vendedor, o atraso inexigível da reparação ou da substituição configuram hipóteses em que o consumidor não obteve do vendedor a satisfação do seu direito e que permitem a demanda do credor<sup>29, 30</sup>.

#### b) Tipo de responsabilidade do credor

Do exposto pode assim concluir-se pela existência de uma responsabilidade subsidiária do financiador, visto que não responde ao

---

<sup>29</sup> Sobre os cinco pressupostos legais, com mais pormenor, ver GRAVATO MORAIS, União de contratos de crédito e de venda para consumo, cit., pp. 27 ss. e “Do regime jurídico do crédito ao consumo”, cit., pp. 409 e 410. Veja-se também, no mesmo sentido, CARLOS LOUREIRO, “A responsabilidade do terceiro financiador no crédito ao consumo”, *Tékhné*, Vol. 1, n.º 1, 2004, pp. 192 ss. Parece ser esse também o entendimento subjacente à Sentença do Trib. Cível do Porto, de 15.1.2003, Proc. n.º 1192/2002 (RUI ROCHA), *Sub Judice*, n.º 24, 2003, pp. 97 e 98.

O anteprojecto parece manter os requisitos exigentes no art. 308.º, n.º 1. Todavia, o art. 307.º pode permitir atenuar o efeito negativo daquela exigência.

<sup>30</sup> O Ac. Rel. Lisboa, de 17.2.2005 (Gil Roque), CJ, 2005; I, p. 112, trata de uma situação de conexão contratual. No entanto, o caso concreto tem na sua base a revogação por mútuo acordo do contrato de compra e venda atento o reconhecimento pelo vendedor da existência do defeito. O aresto, invocando o conjunto de normas que expressam as várias uniões contratuais, acaba por concluir pela existência de uma ligação entre os negócios, fundando-a todavia num brocardo que de todo não traduz a base de tal coligação: o acessório segue o principal.

mesmo tempo que o vendedor. Existe como que uma espécie de moratória, temporalmente curta, quanto à possibilidade de demandar o credor.

Trata-se, no entanto, de um grau de subsidiariedade reduzido (sujeito à não obtenção da satisfação do seu direito ao exacto cumprimento) e não da típica subsidiariedade que subjaz à fiança civil, como alguns entendem<sup>31</sup>. Para estes, o fiador (financiador) goza do benefício da excussão prévia do património do devedor principal (vendedor), recusando o cumprimento enquanto o credor (consumidor) não tiver executado todos os bens do devedor principal (vendedor) sem obter a satisfação do seu direito.

O nosso legislador afastou-se – ainda que de modo ténue – do modelo da responsabilidade solidária, defendido em tempos pelo legislador comunitário (em 1979 e em 1984, respectivamente na Proposta de Directiva e na Proposta modificada de Directiva) e sustentado recentemente na originária Proposta de Directiva de 2002, nos termos do qual o financiador responde ao lado do vendedor (portanto, em primeira linha) pelo incumprimento das obrigações deste.

Verificados os requisitos enunciados, o consumidor pode então demandar o credor. Interpretamos esta expressão em sentido amplo, qual seja o de permitir ao consumidor não só accionar o financiador, como também defender-se numa acção intentada por aquele, não saindo mesmo prejudicada a possibilidade de exercício extrajudicial dos direitos do consumidor quando tal se mostrar viável em face da lei geral<sup>32, 33</sup>.

---

<sup>31</sup> JOANA VASCONCELOS, “Cartões de crédito”, *RDES*, 1992 e 1993, p. 167.

<sup>32</sup> A interpretação (extensiva) que propomos do conceito de demanda é consentânea com a razão de ser do preceito. Invoquem-se os argumentos de equivalência do modo de reacção e de não agravamento da posição do consumidor a crédito. Aduza-se ainda o argumento da equiparação do consumidor a crédito ao comprador a prestações quanto à forma do exercício dos direitos (GRAVATO MORAIS, União de contratos de crédito e de venda para consumo, cit., pp. 95 a 98). Em sentido diverso, Paulo Duarte, “A sensibilidade do mútuo às excepções do contrato de aquisição na compra e venda financiada, no quadro do regime jurídico do crédito ao consumidor”, *Sub Judice*, n.º 24, 2003, p. 52.

<sup>33</sup> Sobre o assunto, ver GRAVATO MORAIS, União de contratos de crédito e de venda para consumo, cit., pp. 79 ss.

## c) Meios de defesa do consumidor perante o credor

Ora, nos casos de omissão de entrega da coisa ou de desconformidade da coisa com o contrato, o consumidor deve, em primeiro lugar, interpelar o vendedor para cumprir, exigindo respectivamente a entrega do bem ou a reparação (ou a substituição) da coisa defeituosa<sup>34</sup>.

Não obtendo do fornecedor a satisfação do seu direito ao exacto cumprimento, o consumidor pode dirigir-se ao credor – não no sentido de exigir tal adimplemento, ou seja, a entrega, a reparação ou a substituição da coisa – no propósito de suspender o pagamento das prestações do empréstimo, invocando a excepção de não cumprimento (art. 428.º CC). Com efeito, a contraprestação periódica que incumbe ao consumidor junto do financiador deve considerar-se subordinada ao dever de entrega de coisa conforme a que se encontra adstrito o vendedor. Deste modo, consegue manter-se o equilíbrio das prestações contratuais, dado o nexo de correspectividade existente entre prestações resultantes de contratos distintos, proporcionando-se assim ao consumidor um meio eficaz de reacção.

Caso o consumidor disponha, nos termos do art. 4.º DL 67/2003<sup>35</sup>, do direito à redução do preço é legítimo o exercício da correspondente pretensão – a redução do montante do crédito.

De igual modo, a resolução da venda para consumo, ao abrigo do art. 4.º DL 67/2003, permite ao consumidor a resolução do contrato de crédito.

As pretensões em causa podem ser exercidas extrajudicialmente, devendo ser enviada também ao credor a respectiva declaração. Portanto,

---

<sup>34</sup> Ver, quanto a uma síntese sobre os remédios jurídicos resultantes do art. 4.º DL 67/2003, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Garantias na venda de bens de consumo. A transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 5, Coimbra, 2003, pp. 122 ss., GRAVATO MORAIS, União de contratos de crédito e de venda para consumo, cit., pp. 111 ss.

Sobre a Directiva 1999/44/CE, cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Orientações de política legislativa adoptadas pela Directiva 1999/44/CE sobre vendas de bens de consumo. Comparação com o direito português vigente”, *Themis*, 2001, pp. 117 ss.,

<sup>35</sup> Vide o Ac. Rel. Porto, de 17.3.2005 (JOSÉ FERRAZ), [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). O aresto refere-se, de resto, à “excepção de não cumprimento do vendedor”.

não se repercute automática nem simultaneamente no contrato de crédito a pretensão exercida pelo consumidor junto do vendedor.

Mostra-se ainda possível ao consumidor uma pretensão indemnizatória junto do financiador limitada aos danos causados na própria coisa (os chamados danos directos). Excluídos ficam pois os prejuízos causados na pessoa ou no património do consumidor ou de terceiro (os designados danos indirectos). O critério a utilizar é o de que deve suportar o risco quem o pode controlar e dele retira benefícios. Mas apenas nessa medida. Esta pretensão apenas opera judicialmente, exigindo-se pois que o consumidor instaure a respectiva acção judicial.

#### d) Prazos

O exercício dos direitos perante o vendedor (e dos correlativos direitos junto do credor) está dependente de distintos prazos, sob pena de caducidade (art. 5.º, n.º 4 DL 67/2003). Por um lado, do prazo de garantia legal, actualmente de 2 anos (contado da data da entrega do bem) no tocante às coisas móveis novas, podendo ser reduzido a 1 ano, por acordo das partes, no caso de coisas móveis usadas (art. 5.º, n.ºs 1 e 2 DL 67/2003). Por outro lado, caso o defeito se manifeste dentro do respectivo período temporal, deve ele ser denunciado ao vendedor no prazo de 2 meses, dispondo o consumidor ainda do prazo de 6 meses para o exercício dos direitos (art. 5.º, n.º 3 DL 67/2003).

Ora, estes prazos não se estendem nem se prorrogam pelo facto de haver uma outra pessoa (o financiador) junto de quem podem ser exercidos os correspondentes direitos.

Concluindo, basta assim uma declaração extrajudicial dirigida ao fornecedor, seguida do seu incumprimento (nos termos enunciados), para que se verifique a não satisfação do direito do consumidor e conseqüentemente este possa opor ao credor os correlativos meios de defesa<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Ver, para mais pormenores quanto ao meios de defesa do consumidor junto do financiador, GRAVATO MORAIS, União de contratos de crédito e de venda a prazo para consumo, cit., pp. 146 ss.

Quanto a uma síntese das posições doutrinárias nesta matéria, ver CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, Direito do Consumo, cit., pp. 188 ss.

e) Razão de ser do n.º 2 do art. 12.º

Estamos agora em condições de enunciar a razão de ser do normativo, justamente a tendencial equiparação da posição jurídica do consumidor a crédito à situação jurídica do comprador a prestações.

Esta equivalência não opera, porém, a todos os níveis.

É limitada negativamente pela responsabilidade subsidiária do financiador, visto que só pode ser demandado depois de o consumidor não ter obtido a satisfação do seu direito (ao exacto cumprimento).

No entanto, a protecção do consumidor é ampliada ao nível da comunicação das vicissitudes e em sede restitutória. Assim, por exemplo, resolvidos os contratos de crédito e de venda para consumo, o consumidor pode exigir do financiador a restituição das prestações pagas, bem como os respectivos juros.

3.3.2. Em sede de “resolução” dos contratos celebrados à distância ou dos contratos concluídos no domicílio (ou outros equiparados)

Como afirmámos, o art. 12.º, n.º 2 em análise prevê apenas a repercussão das vicissitudes no quadro do incumprimento do contrato de compra e venda pelo fornecedor. Tem, portanto, um âmbito de aplicação mais restrito quando confrontado com o art. 12.º, n.º 1, que regula o problema inverso.

Porém, num campo específico – o dos contratos celebrados à distância e o dos contratos concluídos ao domicílio (ou outros a este equiparados) –, prevê-se de igual sorte a repercussão no contrato de crédito da “livre resolução” do contrato de compra e venda<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> A situação típica, mais frequente, é a seguinte: o consumidor é contactado telefonicamente pelo vendedor, que lhe oferece um determinado objecto (v.g., um telemóvel) e que o convida a dirigir-se a um dado local para que se proceda à entrega do prémio. Aí, promove a venda de um outro objecto, em regra de valor elevado, v.g., um colchão, realçando insistentemente as suas qualidades e as suas virtudes. Convencido

Tal decorre dos arts. 8.º, n.º 3 e 19.º, n.º 3 DL 143/2001<sup>38</sup>.

a) Requisitos da dependência

Tomando como ponto de partida a existência de dois contratos, um de consumo, outro de crédito, a concepção que subjaz aos arts. 8.º, n.º 3 e 19.º n.º 3 assenta em dois pressupostos, que se assemelham aos previstos no art. 12.º, n.º 1: na “designação finalista” do crédito e no acordo de colaboração celebrado entre vendedor e financiador.

Quanto àquele, como dispõe a parte inicial do n.º 3 dos citados normativos, o preço do bem ou do serviço deve ter sido (total ou parcialmente) coberto por um crédito concedido por um terceiro, *in casu* o financiador<sup>39</sup>.

Trata-se também aqui de um pressuposto meramente descritivo, bastando portanto o mero conhecimento por parte do financiador do destino do crédito.

Deduz-se ainda da norma o requisito da unidade económica (*wirtschaftliche Einheit*), que tem contornos distintos do pressuposto análogo analisado anteriormente.

Tem na sua base “um acordo [de colaboração] celebrado entre o financiador e o fornecedor” (art. 8.º, n.º 3 e art. 19.º, n.º 3). A lei não especifica contudo o seu âmbito. Apenas se alude textualmente ao “acordo celebrado”. Atendendo a que o diploma se destina a proteger

---

o consumidor, como este não dispõe, em princípio, do montante em causa, propõe a celebração de um contrato de crédito com um financiador que consigo colabora.

Ver o Ac. Rel. Porto, de 18 de Dezembro de 2003 (PINTO DE ALMEIDA), pp. 2 e 3 ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) e a Sentença Trib. Cível do Porto, de 24.5.2002, Proc. n.º 550/2001 (Mónica Oliveira), *Sub Judice*, n.º 24, 2003, pp. 103 ss., onde se descrevem situações deste género.

<sup>38</sup> O anteprojecto prevê, de igual sorte, tal possibilidade. Cfr. o art. 306.º, o art. 305.º, n.ºs 2 e 3, havendo que atender previamente ao circunstancialismo expresso no art. 187.º.

<sup>39</sup> Note-se que a norma contempla também o crédito concedido pelo próprio fornecedor. O caso previsto é aquele em que o vendedor celebra, ele próprio, os dois contratos, sem haver lugar à intervenção de um terceiro.

o consumidor, numa primeira leitura parece poder concluir-se que é necessário um qualquer acordo de colaboração que consubstancie um contrato. Reforça essa orientação a utilização do vocábulo subsequente: “celebrado”.

Deve assinalar-se que a vontade de concluir um contrato pode ser manifestada expressa ou tacitamente. É o que decorre do art. 217.º, n.º 1 CC, quanto às modalidades das declarações negociais. Esta circunstância permite alargar o domínio de aplicação da norma, de modo que pode considerar-se que entre financiador e vendedor se celebrou tacitamente um contrato com efeitos obrigacionais.

Mas identificando o termo legal usado com contrato ficam excluídos os casos em que existe apenas uma colaboração duradoura e planificada entre credor e vendedor resultante de uma mera relação de facto.

Não nos repugna estender o âmbito do preceito a tais hipóteses<sup>40</sup>, dado que as circunstâncias da cooperação são semelhantes.

Aliás, no que toca aos contratos ao domicílio (ou outros equiparados) o vendedor indica, caso o consumidor pretenda a aquisição do objecto e não tenha disponível o valor em causa, o financiador que consigo colabora. De resto, normalmente dispõe de formulários de pedidos de crédito, que preenche e que remete ao financiador, que normalmente os aceita e concede o crédito. Note-se que frequentemente o consumidor nem sequer chega a contactar o dador de crédito, desconhecendo-o portanto. Na maior parte das situações não tem consciência de que concluiu dois contratos, dado que é, em regra, leigo em direito e inexperiente economicamente.

Portanto, só num plano estritamente jurídico as situações divergem, visto que neste caso não há contrato. Até em sede probatória os factos indiciários de que o consumidor se serve são rigorosamente idênticos.

---

<sup>40</sup> Realce-se que nem sempre os termos acordo e contrato são usados de modo semelhante. Citem-se os casos dos acordos pré-contratuais, enquanto acordos não-contratuais preparatórios da celebração de um contrato (CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, I, 2.ª Ed., Coimbra, 2003, p. 110). Para além disso, situações há em que existe um acordo juridicamente eficaz (cfr., v.g., o art. 1901.º, n.º 2 CC e o art. 2084.º CC), mas não há contrato (autor e últ. ob. cit., pp. 28 e 29).

São, pois, escassas as situações em que não se pode deduzir a existência de uma cooperação.

Também aqui cabe ao consumidor provar a existência de uma colaboração entre financiador e vendedor, só o podendo fazer através de indícios, o que não se afigura difícil.

Esta é, portanto, a base desta ligação contratual, muito próxima de resto à resultante do art. 12.º, n.º 1.

#### b) Efeitos da dependência

Preenchidos tais pressupostos pode agora falar-se de uma dependência (legal) do contrato de crédito relativamente ao contrato de compra e venda celebrado à distância (ou concluído ao domicílio), de sorte que a “resolução” daquele se repercute neste (art. 8.º, n.º 3 e art. 19.º, n.º 3 DL 143/2001). É também este um efeito da ligação contratual: a propagação no outro negócio da vicissitude que afecta o contrato viciado.

Assim, por via de regra, nos 14 dias posteriores à recepção da coisa vendida<sup>41</sup> – art. 6.º, n.º 2, al. a) DL 143/2001, o consumidor pode exercer o direito de “livre resolução”.

Impõe-se ainda o preenchimento de um outro requisito de ordem formal (a necessidade do seu exercício por carta registada com aviso de recepção<sup>42</sup>).

No entanto, é suficiente que a carta seja expedida no último daqueles 14 dias. Consagra-se aqui, tal como no regime jurídico do crédito ao consumo, a teoria da expedição.

---

<sup>41</sup> O início da contagem do prazo não é sempre o mesmo. Ver as outras alíneas do art. 6.º, n.º 2.

Portanto, há uma discrepância entre este prazo (de 14 dias corridos) e o prazo consagrado no regime jurídico do crédito ao consumo (7 dias úteis), embora a tendência seja a de o uniformizar, por referência ao prazo mais longo (de 14 dias), como de resto decorre já da Proposta de Directiva de 2002 relativa ao crédito aos consumidores.

<sup>42</sup> Parece-nos que sendo também este regime aplicável em sede de comércio electrónico, se deve interpretar extensivamente a norma no sentido de ser possível que a revogação do contrato opere através do envio do *email*.



Nada mais se exige ao consumidor: nem a invocação de um motivo para o exercício do direito, nem o pagamento de qualquer montante ressarcitório (art. 6.º, n.º 1 DL 143/2001)<sup>43</sup>.

Ora, a “resolução” do contrato concluído à distância (ou do contrato celebrado ao domicílio), nos termos descritos, repercute-se ao contrato de crédito conexo, acarretando também a “resolução” deste.

Tal *resolução* reveste duas características:

- opera automaticamente, ou seja, por si só, independentemente de uma nova manifestação de vontade; não se mostra pois necessário enviar também uma carta registada com aviso de recepção ao financiador dirigida à *resolução* do contrato de crédito;
- é simultânea à correspondente *resolução* da venda à distância ou ao domicílio; portanto, a extinção dos contratos ocorre ao mesmo tempo, no exacto momento em que é *resolvido* o contrato de compra e venda<sup>44</sup>.

O modelo adoptado no DL 143/2001 é diverso daquele outro consagrado no DL 359/91. Acolhe-se agora o “modelo da eficácia resolúvel”<sup>45</sup>. Queremos com isto dizer que o contrato fica sem efeito se, durante o período de reflexão, o *direito de arrependimento* for exercido. O acordo contratual começa assim por ser eficaz, podendo tornar-se ineficaz mediante a verificação de uma acção (facto positivo). Portanto, “a notificação tem também a natureza de revogação da declaração negocial do consumidor, mas os efeitos que dela decorrem são semelhantes aos da resolução de um contrato”<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Naturalmente, o consumidor deve restituir o bem entregue ao fornecedor no prazo de 30 dias, contado da sua recepção.

Já o fornecedor está obrigado a reembolsar o consumidor de qualquer montante recebido por este, no prazo de 30 dias (art. 8.º, n.º 1 DL 143/2001) – a contar do exercício da resolução.

<sup>44</sup> Não é claro no anteprojecto se a repercussão opera nos mesmos termos. O art. 306.º, n.º 1 refere-se que o exercício do direito de livre resolução .... determina a ineficácia do contrato de mútuo ou de abertura de crédito”

<sup>45</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., p. 113.

<sup>46</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., p. 113.

### 3.3.3. Outros casos não regulados

Como se afirmou, o art. 12.º, n.º 2 apenas determina a repercussão no contrato de crédito do incumprimento do vendedor<sup>47</sup>.

Não se prevêem no normativo outros casos de propagação ao contrato de crédito das vicissitudes da venda para consumo, v.g., ao nível da invalidade (nulidade ou anulabilidade) desta última.

Da “teleologia imanente” da lei, parece-nos, contudo, ser possível concluir que o seu sentido e a sua finalidade – pretende-se, por um lado, a equiparação (ainda que tendencial) do consumidor a crédito ao comprador a prestações, e, conseqüentemente, que o credor suporte o risco de insolvência do vendedor – impõem a aplicação do n.º 1 do normativo.

Aduza-se ainda uma razão de coerência do regime: a conexão contratual resultante do art. 12.º (considerando ambos os números), a extensão que consideramos da regulamentação da cessão de créditos ao consumo e dos títulos de crédito com função de garantia aos casos previstos no art. 12.º, n.º 2<sup>48</sup>, bem como os analisados arts. 8.º, n.º 3 e 19.º, n.º 3 DL 143/2001, permitem ao consumidor fazer repercutir na esfera jurídica do respectivo contraente as vicissitudes do outro contrato.

Nestes termos, a *ratio* do art. 12.º, n.º 1, aplicável a uma categoria de situações, sem desconsiderar a teleologia das outras disposições referidas, determina também o seu emprego, v.g., às situações de invalidade do contrato de compra e venda<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> O anteprojecto não parece regular a situação em causa.

<sup>48</sup> Cfr., sobre o assunto, GRAVATO MORAIS, União de contratos de crédito e de venda para consumo, cit., pp. 274 ss. e 286 ss.

<sup>49</sup> Acolhendo esta dependência contratual, embora com fundamentação diversa, ver o Ac. Rel. Porto, de 18.12.2003 (PINTO DE ALMEIDA), p. 5, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Afirmando ainda a dependência do contrato de crédito em relação ao contrato de compra e venda, CARLOS LOUREIRO, “A *responsabilidade* do terceiro financiador no crédito ao consumo”, cit., pp. 189 ss. (o autor entende que “a nulidade, por exemplo, do contrato de compra e venda poderá permitir ao consumidor a resolução do contrato de crédito por alteração superveniente das circunstâncias, nos termos em que o nosso ordenamento jurídico o permita”).

Em sentido diverso do expendido, ver Ac. Rel. Porto, de 20.12.2004 (SOUSA LAMEIRA), CJ, 2004, V, p. 204 (argumenta-se no aresto que “o legislador não desconhecia

#### 4. Breve alusão à acção judicial tipo

Na maior parte das hipóteses é o credor que, dispondo de uma letra ou de uma livrança em branco ou até do próprio contrato de crédito<sup>50</sup>, instaura uma acção executiva contra o consumidor, na sequência do não pagamento das prestações do empréstimo, para pagamento de quantia certa<sup>51</sup>. Ora, este último pode defender-se em sede de oposição à execução.

---

que em legislações estrangeiras o problema era directamente abordado e regulado, tanto mais que o diploma em causa pretendia transpor para a ordem jurídica interna princípios comunitários”, afirmando ainda que “nem se diga que a protecção dos consumidores exige tal interpretação”). No entanto, na decisão ponderam-se ainda as consequências da solução oposta, por nós defendida.

<sup>50</sup> A jurisprudência portuguesa tem considerado que o contrato de crédito é um verdadeiro título executivo nos termos do art. 46.º, al. c) CPC. Para assim se entender, do contrato deve constar a assinatura do consumidor, o documento comprovativo da aquisição dos bens pelo executado e o documento comprovativo da entrega do montante do crédito ao vendedor. A falta de tais menções na acção executiva não implica, todavia, o indeferimento liminar da acção. Deve convidar-se, em primeiro lugar, o exequente ao seu suprimento (ver o Ac. Rel. Porto, de 12.10.2000 (Coelho da Rocha), CJ, 2000, IV, pp. 208 ss., o Ac. Rel. Porto de 25.10.2000 – sumário (LEONEL SERÓDIO), o Ac. Rel. Porto, 14.11.2000 – sumário (FERREIRA DE SEABRA), o Ac. Rel. Porto, de 5.12.2000 (TERESA MONTENEGRO), o Ac. Rel. Porto de 19.12.2000 (SOARES DE ALMEIDA), todos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>51</sup> Ver, por exemplo, os Acs. Rel. Porto, de 23.5.2005 (MARQUES PEREIRA), 17.3.2005 (JOSÉ FERRAZ), de 22.2.2005 (HENRIQUE ARAÚJO), de 20.12.2004 (SOUSA LAMEIRA), de 19.12.2000 (SOARES DE ALMEIDA), de 22.11.2004 (CAIMOTO JÁCOME), em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), o Ac. Rel. Porto, de 12.10.2000 (COELHO DA ROCHA), CJ, 2000, IV, pp. 208 ss., assim como os Acs. Rel. Lisboa, de 27.5.2003 (ANTÓNIO GERALDES), de 1.4.2003 (PEREIRA DA SILVA), CJ, 2003, II, pp. 103 ss. Ver também o Ac. Rel. Lisboa, de 17.2.2005 (GIL ROQUE), CJ, 2005, I, pp. 112 e 113.

São menos frequentes os casos em que o consumidor intenta uma acção declarativa de condenação contra financiador e vendedor. Ver o Ac. Rel. Porto, de 18.12.2003 (PINTO DE ALMEIDA), [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), a Sentença do Trib. Cível Porto, Proc. n.º 1192/2002 (RUI ROCHA), *Sub Judice*, n.º 24, 2003, pp. 85 ss., e a Sentença do Trib. Cível Porto, de 24.5.2001, Proc. n.º 550/2001 (Mónica Oliveira), *Sub Judice*, n.º 24, 2003, pp. 103 ss.

Em menor número são as situações em que o dador de crédito instaura uma acção declarativa de condenação contra o consumidor, visto que dispõe, em regra, de

Neste quadro, o embargante/executado (consumidor) pode, opor-se à execução, alegando quaisquer meios que lhe “seria lícito deduzir como defesa no processo de declaração” (art. 816.º CPC). O embargante/executado assume a posição de autor num processo declarativo destinado a contestar o direito do exequente, podendo impugnar a própria exequibilidade do título ou alegar factos que em processo declarativo constituem matéria de excepção.

Deste modo, pode invocar a excepção de preenchimento abusivo do título de crédito ou alegar ainda quaisquer circunstâncias que afectem o contrato de crédito, aqui se incluindo as que se fundam em vicissitudes decorrentes do contrato de compra e venda conexo (por exemplo, a prévia resolução do contrato de mútuo na sequência da resolução do contrato de compra e venda, em razão da dependência contratual).

Verificando-se uma situação do último tipo invocada, em sede de contestação à oposição à execução, afigura-se agora legítimo ao credor (embargado) suscitar a questão do motivo que fundamenta a declaração resolutiva. Neste quadro, é determinante a participação do vendedor no processo, para que possa ser averiguado o fundamento da resolução. Todavia, no âmbito da acção executiva não é admissível o incidente da intervenção de terceiros, pelo que o vendedor apenas pode ser arrolado como testemunha<sup>52</sup>.

A final, o tribunal vai ser chamado a pronunciar-se sobre a questão em análise, no âmbito da acção executiva, não podendo dela extravasar. Se o juiz entende que houve fundamento para resolver o contrato de

---

um título executivo (ver, no entanto, os Acs. STJ, de 18.12.2203 (ARAÚJO BARROS), de 31.3.2004 (OLIVEIRA BARROS), o Ac. Rel. Lisboa, de 9.7.2003 (SALAZAR CASANOVA), todos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>52</sup> A intervenção principal é tão só admissível na acção declarativa (art. 323.º CPC). A finalidade da oposição à execução é a de obstar ao prosseguimento da execução (art. 813.º CPC), aceitando apenas como articulados a petição inicial do opoente/embargante (no caso, o consumidor) e a contestação do exequente/embargado (art. 817.º, n.º 2 CPC). Ora, no caso da intervenção principal provocada, após a citação, o interessado (no caso, o vendedor) pode oferecer o seu próprio articulado (art. 327.º CPC), o que não se mostra admissível em sede de oposição à execução. Neste sentido, EURICO LOPES-CARDOSO, *Manual dos incidentes da instância em processo civil*, 3.ª Ed., Lisboa, 1999, p. 103.

crédito, procede a oposição à execução, mas não a execução (art. 817.º, n.º 4 CPC). Caso contrário, prossegue esta última.

#### 4. Enquadramento dogmático: a união de contratos

Do ponto de vista dogmático, são, no essencial, duas as teses defendidas neste campo: a teoria da unidade (*Einheitstheorie*) sustentada na ligação jurídica (e não apenas económica) dos contratos<sup>53</sup> – há apenas um só contrato – e a teoria da separação (*Trennungstheorie*) que parte de uma unidade económica de contratos que se encontram separados juridicamente<sup>54</sup>.

A nosso ver, é a figura da união de negócios, baseada na teoria da separação, a que melhor corresponde à concepção tida em vista pelo legislador.

Explicitemos. Para que se possa falar, em geral, de uma união de negócios é necessário o preenchimento de dois requisitos cumulativos: a pluralidade de contratos e um nexo de ligação entre eles.

---

<sup>53</sup> Neste sentido, entre outros, MAX VOLLKOMMER, “Der Schutz des Käufers beim B-Geschäft des finanzierten Abzahlungskaufs”, FS Karl Larenz, München, 1973, p. 712 e MAX VOLLKOMMER/ERNST-GERALD KOCH, “Der Einwendungsdurchgriff bei drittfinanzierten Rechtsgeschäften”, *Jura*, 1980, pp. 469 ss., MARILENA GORGONI, *Il Credito al Consumo*, Milano, 1994, pp. 177 e 187 ss.

<sup>54</sup> Na doutrina portuguesa acolhendo esta orientação, GRAVATO MORAIS, “Do regime jurídico do crédito ao consumo”, cit., pp. 410 e 411, Paulo Duarte, “A sensibilidade do mútuo às exceções do contrato de aquisição na compra e venda financiada, no quadro do regime jurídico do crédito ao consumidor”, cit., pp. 44 ss., CARLOS LOUREIRO, “A *responsabilidade* do terceiro financiador no crédito ao consumo”, cit., p. 184.

Na doutrina estrangeira, neste sentido, entre outros, FRANK GOEBBELS, *Der Rückforderungsdurchgriff des Verbrauchers im Rahmen der Rückabwicklung verbundener Geschäfte im Sinne des § 9 Verbrauchercreditgesetz*, Bonn, 2000, P. 90, THOMAS ABELTSHAUSER, “Der Einwendungsdurchgriff zwischen Rechtsgeschäftslehre und Vertrauenshaftung”, *ZIP*, 1990, pp. 693 ss., KLAUS HOPT, “Haftung der Banken bei der Finanzierung von Publikumsgesellschaften und Bankherrenmodellen”, FS Walter Stimpel, Berlin, New York, 1985, pp. 265 ss.

É o que ocorre no nosso caso, onde existem dois negócios, um de crédito e outro de consumo, juridicamente autónomos. Esta questão é, de resto resolvida, pela própria lei, que se refere sempre a dois contratos. Para além disso, na venda para consumo financiada, o consumidor emite duas declarações negociais (contratuais) dirigidas à celebração de dois contratos, o de compra e venda e o de crédito. Por sua vez, vendedor e credor emitem declarações negociais tendo em vista a conclusão dos respectivos contratos. Acresce que considerando as fases do processo formativo, também se pode deduzir a existência de dois contratos distintos. Na fase preliminar à celebração do contrato de crédito, o consumidor preenche um formulário de pedido de crédito, que o financiador aprecia, só depois subscrevendo o contrato, o qual, aliás, está sujeito às formalidades previstas no art. 6.º, n.º 1. A fase preparatória do contrato de compra e venda é diversa, envolvendo em regra um curto diálogo entre vendedor e comprador conducente ao acordo, o qual não é, em princípio, formalizado<sup>55</sup>.

Tais negócios estão ligados por um vínculo de natureza económica, sustentados juridicamente na figura da base do negócio. O contrato de crédito tem como finalidade, de resto representada pelas partes, a aquisição de uma coisa. O mesmo raciocínio é válido no sentido inverso. Com efeito, os negócios configuram funcionalmente uma unidade, de tal modo que nenhum se pretende sem o outro. Os contratos só têm sentido, tal como foram originariamente concebidos, se persistirem certas circunstâncias, sem as quais a sua finalidade se esvazia<sup>56</sup>.

Concretizemos.

O consumidor apenas celebra o contrato de crédito porque isso lhe possibilita a compra de um determinado objecto. Por sua vez, o financiador só concede ao consumidor um crédito para que este proceda à “aquisição de bens fornecidos” pelo vendedor que consigo colabora

---

<sup>55</sup> A situação é distinta no quadro dos contratos celebrados à distância e dos contratos celebrados ao domicílio (e outros equiparados). Ver, quanto a estes, o art. 16.º, n.º 1 DL 143/2001, onde se exige a redução a escrito de tais contratos.

<sup>56</sup> Neste sentido, o Ac. STJ, de 22.6.2005 (OLIVEIRA BARROS), CJ, Ac. STJ, 2005, II, p. 139.

(art. 12.º, n.º 2, al. a)). Ou, sob uma outra perspectiva, “se o crédito for concedido [pelo mutuante] para financiar o pagamento de um bem vendido por terceiro” (art. 12.º, n.º 1, parte inicial). E tanto assim é que o credor, procurando assegurar-se da efectiva utilização do crédito, ou entrega directamente o montante mutuado ao vendedor (situação típica) ou estipula no contrato uma cláusula de fim, impondo desta sorte ao consumidor a utilização daquele valor para um propósito específico.

O contrato de crédito tem como finalidade, representada de resto pelas partes, a aquisição de uma coisa.

No pólo oposto, o vendedor encaminha os seus clientes (o financiamento não tem, na larga maioria das situações, origem na iniciativa do consumidor, mas no próprio fornecedor dos bens) para um dado financiador. O que se demonstra não só pela circunstância de o crédito ser concedido “pelo ... credor aos clientes do vendedor” (art. 12.º, n.º 2, al. a)), mas também pelo facto de a colaboração exigida se reportar à “preparação ou [à] conclusão do contrato de crédito” (art. 12.º, n.º 1, *in fine*). Na verdade, sem a concessão de crédito, o consumidor provavelmente não disporia de capacidade financeira para adquirir os bens fornecidos ou não estaria interessado na compra. Dito de outro modo, o consumidor apenas adquire a coisa porque lhe é concedido um crédito. Daí que seja necessária a obtenção do crédito em conformidade com o acordo prévio (art. 12.º, n.º 2, al. b)).

Portanto, da celebração da compra e venda resulta também que a sua finalidade não se obtém sem a conclusão de um contrato de crédito que sirva a aquisição. Aquele não se pretende sem este.

Existe, deste modo, um propósito comum unitário aos negócios realizados, o qual encontra expressão nos requisitos plasmados nos dois números do art. 12.<sup>57</sup>.

A base da operação complexa assenta em pressupostos não inteiramente coincidentes, divergindo portanto em função do tipo e da base de dependência em causa. No entanto, pode genericamente afirmar-se que, para além do pressuposto descritivo (a designação finalista do crédito), se exige sempre uma colaboração (“de qualquer tipo”, “prévia

---

<sup>57</sup> E também nos arts. 8.º, n.º 3 e 19.º, n.º 3 DL 143/2001.

e exclusiva” ou fundada num “acordo de colaboração”) entre vendedor e financiador.

Na actuação concertada entre os dois pólos da cadeia, que justifica a tutela legal do consumidor, podem acessoriamente ainda entrever-se outras explicações para a sua consagração. Por um lado, na ideia de confiança suscitada na esfera jurídica do consumidor, quer pelo vendedor quer pelo financiador, de uma actuação concertada. Em razão de tal comportamento, o consumidor não tem a noção de que contratou com duas partes e que, portanto, celebrou dois contratos. Por outro, na ideia de incorporação do credor na actividade do vendedor, excedendo portanto aquele o papel de mero dador de crédito. Não se esqueça ainda que, reciprocamente, o vendedor se torna num “auxiliar independente” do financiador.

Ora esta ligação acarreta, como vimos, a produção de efeitos jurídicos específicos e peculiares.

A nosso ver, “o problema dos efeitos da união de contratos de crédito e de venda para consumo encontra justificação, nos termos da perspectiva atomista adoptada<sup>58</sup>, na doutrina da base do negócio, a qual deve ser complementada pela ideia de valorização do nexo de correspondência entre prestações resultantes de contratos diversos”<sup>59, 60</sup>.

<sup>58</sup> Apreciamos e valoramos autonomamente um dos negócios (o de compra e venda ou o de crédito). Apenas posteriormente curamos da repercussão da vicissitude no contrato conexo. Em sentido diferente, GIORGIO LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, pp. 180 e 181. Privilegiando também “um consideração unitária (não atomística)”, FRANCISCO PEREIRA COELHO, “Coligação negocial e operações negociais complexas: tendências fundamentais da doutrina e necessidade de uma reconstrução unitária”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume comemorativo, Coimbra, 2003, p. 250.

<sup>59</sup> GRAVATO MORAIS, *União de contratos de crédito e de compra e venda para consumo*, cit., p. 411.

<sup>60</sup> Em sentido diverso, apoiando-se no brocardo *simul stabunt, simul cadent*, e assim na propagação automática das vicissitudes, FRANCESCO MESSINEO, “Contratto collegato”, *Enciclopedia del diritto*, X, 1962, p. 52; M. GIORGIANNI, “Negozii giuridici collegati”, *Riv. It. Sc. Giur.*, 1937, p. 349 (ainda que para o autor a regra não assumia valor absoluto. GALVÃO TELLES parece aproximar-se da formulação enunciada ao referir que “um contrato só será válido se os demais o forem; e, desaparecidos estes, aquele desaparecerá também” (Manual dos contratos em geral, 3.<sup>a</sup> Ed., Reprint, Lisboa, 1965,



Com efeito, se um dado negócio constitui a base negocial do outro, então as vicissitudes ocorridas neste último não podem deixar de se reflectir naquele. Transpondo o raciocínio para a operação em análise, ocorrendo uma perturbação relevante no contrato de compra e venda, base negocial do contrato de crédito, este último pode vir a ser afectado. A recíproca, como vimos, é também verdadeira.

Em razão da específica conexão entre os dois contratos, pode ainda afirmar-se que, nalgumas situações, é valorado ainda um nexo de correspectividade entre as prestações resultantes de contratos diversos. Assim, por exemplo, a obrigação de entrega de uma coisa conforme que incumbe ao vendedor se encontra intimamente ligada à prestação (do consumidor) de restituição do montante mutuado ao credor, pelo que qualquer vicissitude naquela ocorrida se comunica à prestação ligada sinalagmaticamente.

---

p. 398). CALVÃO DA SILVA, de igual forma, refere-se ao brocardo *simul stabunt, simul cadent* (“Anotação ao Ac. STJ de 16 de Maio de 2000 (Contratos coligados, venda em garantia e promessa de revenda”, *RLJ*, 2000, n.ºs 3911 e 3912, p. 85) e PAULO DUARTE, “Algumas questões sobre o ALD”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 3, Coimbra, 2001, p. 307 (afirma o autor que “o principal efeito jurídico da coligação de contratos encontra eco no princípio *simul stabunt, simul cadent*, por força do qual as vicissitudes de cada um dos contratos se repercutem reciprocamente nos demais”).

*Stehen und fallen* é a expressão similar usada, por vezes, na Alemanha (ver a sentença do BGH de 9 de Julho de 1993, *NJW-RR*, 1993, p. 1442); em Itália, por exemplo, é utilizada a locução *stanno o cadono insieme* (na doutrina, ver NICOLA GASPERONI, “Collegamento e connessione tra negozi”, *RDComm.*, 1955, I, p. 385).

Também o brocardo *accessorium sequitur principale* serve para outros como justificação dos efeitos da coligação (ver RENATO SCOGNAMIGLIO, “Collegamento negoziale”, *Enciclopedia del Diritto*, VII, p. 379; M.-TH. CALAIS-AULOY suscita a hipótese de aplicação desta regra, afirmando que pode usar-se apenas como explicação parcial, no sentido de completar a ideia da lei – “Fondement du lien juridique unissant vente et prêt dans le prêt lié, *JCP*, La Semaine Juridique, Doctrine, Ed. G, I, n.º 3144, 1984, p. 3).

O Ac. Rel. Lisboa, de 17.2.2005 (GIL ROQUE), CJ, 2005, I, p. 112, sustenta a conexão entre os contratos no referido brocardo. Afirma-se que “é princípio geral do direito que o acessório segue o regime jurídico do principal”, pelo que “revogado ou resolvido o contrato principal é posto fim também ao acessório”.

---

Refiram-se, em jeito de conclusão, os caracteres desta união de negócios. Trata-se de uma união legal (pois resulta da lei) e imperativa (dado que não podem as regras estabelecidas ser afastadas por vontade das partes em sentido contrário – art. 18.º, n.º 1). Configura-se ainda como uma união bilateral imperfeita, no exacto sentido em que a dependência funciona reciprocamente. Todavia, não são coincidentes os pressupostos da ligação. Acresce que há igualmente diferenças no tocante à produção dos seus efeitos. Assinale-se, por fim, que as consequências desta união de negócios se produzem entre partes situadas em pólos opostos.



# LINHAS GERAIS DO REGIME JURÍDICO DOS CRIMES CONTRA INTERESSES DOS CONSUMIDORES NO ANTEPROJECTO DE CÓDIGO DO CONSUMIDOR\*

AUGUSTO SILVA DIAS

Professor Auxiliar da Faculdade  
de Direito de Lisboa  
Membro da Comissão do Código  
do Consumidor

1. A minha intervenção versa sobre as linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores no Anteprojecto de Código do Consumidor. As sempiternas e incontornáveis limitações de tempo impõem que faça algumas opções quanto aos temas a abordar. Assim, tratarei da matéria penal e não da contra-ordenacional e no âmbito daquela cuidarei das soluções de Direito substantivo, deixando de parte as (poucas) disposições processuais penais. Preocupar-me-ei essencialmente em sublinhar as ideias-força que presidiram tanto à

---

\* O presente artigo é a versão desenvolvida do texto da conferência por mim proferida no Colóquio sobre o Anteprojecto de Código do Consumidor, que teve lugar na Faculdade de Direito de Lisboa, no dia 8 de Junho de 2006, e foi publicado nas Actas do Colóquio, editadas pelo Instituto de Direito de Consumo daquela Faculdade. Quero agradecer ao Professor Menezes Leitão o amável convite para participar no Colóquio e para publicar o texto da conferência nas referidas Actas e ao Professor Pinto Monteiro o convite igualmente amável para publicar o mesmo texto nos Estudos de Direito do Consumidor, colecção por si dirigida.

criação dos crimes em particular, como à concepção das regras de parte geral que lhes são comuns e regulam a respectiva aplicação e punição. Neste quadro, começarei por tecer algumas breves considerações sobre o problema da localização sistemática das infracções penais contra interesses dos consumidores (2.), ocupar-me-ei em seguida das finalidades de política criminal e dos limites de validade que moldaram a previsão dessas infracções (3.), e abordarei, por último, algumas soluções de parte geral que disciplinam a atribuição de responsabilidade e a punição concreta pela sua prática (4.).

2. A localização sistemática dos crimes contra interesses dos consumidores está em boa medida dependente da questão de saber se tem razão de ser ou não um Código do Consumidor. Digo em boa medida porque podemos concordar com a existência de um Código do Consumidor e deixar de fora quer os crimes quer as contra-ordenações, e, ao invés, podemos discordar da existência de tal diploma, sem que isso signifique rejeitar a criação de incriminações e de contra-ordenações nesta área. Mas se aceitarmos como correcta a via da codificação do Direito do consumidor temos de convir que o Código exercerá uma certa força centrípeta sobre a matéria penal (e contra-ordenacional). Não vou ocupar-me aqui da questão de saber se faz ou não sentido um Código do consumidor. Penso que militam boas razões a favor dessa solução e acompanho integralmente neste ponto a posição de PINTO MONTEIRO<sup>1</sup>. Assiste-se um pouco por toda a Europa a um impulso codificador sectorial entre outras razões para dotar de alguma racionalidade e ordenação a imensa floresta de leis que nos rege e que é fruto de décadas de juridificação desenfreada e desordenada nos mais diversos domínios da vida social<sup>2</sup>. Característica essencial desta

---

<sup>1</sup> V. *O Anteprojecto de Código do Consumidor*, in RLJ, ano 135 (2006), n.º 3937, p.193 e ss.

<sup>2</sup> Sobre a «floresta de leis» v. LUIGI FOFFANI, *Responsabilidad penal por el producto y Derecho comunitario: hacia un nuevo Derecho Penal del riesgo?*, in BOIX REIG/BERNARDI (dirs.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, ed. Iustel, 2005, p.103, referindo-se ao resultado de uma investigação empírica de 1999, apresentada num Congresso realizado na Universidade de Módena,

codificação sectorial é ser temática o que nem sempre significa homogeneidade e unicidade da matéria<sup>3</sup>. O Direito que disciplina as relações de consumo não foge a este cenário como bem demonstram os grossos volumes de compilações legislativas que entre nós têm sido publicadas nesta área. Por certo que um Código do consumidor não consegue abranger toda a normaço existente e está sujeito à pressão da evolução e mutação das relações de consumo<sup>4</sup>, mas, se outras vantagens não tivesse, pelo menos a de funcionar como polo racionalizador e referente necessário de futuras iniciativas legislativas neste domínio não lhe deve ser negada.

Devo pois centrar a minha atenção, não na justificação do Código, mas na justificação da inserção nele dos crimes contra interesses dos consumidores. Dois tópicos são aqui importantes: o Direito Comparado e a tradição jurídica. O primeiro não é de grande préstimo pois todas as opções foram testadas pelos diversos ordenamentos jurídicos. Assim,

---

que identificou no sistema jurídico italiano 5.431 infracções penais, das quais 874 eram crimes e 4.557 contravenções; sobre estes dados v. também MASSIMO PAVARINI, *Sistema di informatizzazione del Diritto Penale complementare: prime elaborazioni e riflessioni*, in DONINI, *Modelli ed esperienze di riforma del Diritto Penale complementare*, ed. Giuffrè, 2003, p.32. Na mesma linha, o Relatório de 2006 do *Conseil d'État* dá conta de uma surpreendente inflação legislativa (penal e não penal) em França. Diz o Relatório que em 2000 foram recenseadas 9000 leis, 120000 decretos e 59 Códigos e que desde 2000, em média, o Parlamento votou 70 leis por ano e o Governo criou 50 *ordonnances* e 1500 decretos. Não conheço dados estatísticos sobre a produção legislativa em Portugal mas é um dado da observação que, sem atingir proporções semelhantes, ela tem aumentado nos últimos anos, também no âmbito do Direito Penal. Para essa expansão tem contribuído o Direito comunitário, quer por via directa, aumentando o número de incriminações, quer por via indirecta, alargando a abrangência dos tipos incriminadores (leis penais em branco).

<sup>3</sup> Sobre as características e as vantagens da codificação sectorial, v. COSTA PINTO em *As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações na organização do Direito Penal secundário*, in Themis, ano 3 (2002) n.º 5, p.97 e ss.

<sup>4</sup> Este aspecto não constitui, em minha opinião, motivo bastante para objectar à solução do Código. Note-se que um Código «clássico» como o Código Penal, com uma matéria relativamente estabilizada, já conheceu em 13 anos três revisões, a última das quais está em curso. Há que dar razão a FRANÇOIS OST quando afirma que o tempo actual do Direito não é o tempo dos «relógios» mas o tempo das «nuvens» – v. *Le temps du Droit*, ed. Odile Jacob, 1999, ps. 254 e s. e 277 e ss.

no Direito Brasileiro e no Direito italiano, embora em proporção diferente,<sup>5</sup> as infrações figuram no Código do Consumidor. No Direito alemão encontram-se em legislação avulsa, de que é exemplo a *Lebensmittelgesetz*. No Direito espanhol residem no Código Penal. Já o segundo tópico é mais profícuo, pois a tradição jurídica portuguesa vai no sentido de prever este género de infrações fora do Código Penal, como documentam o DL n.º 41204 de 24 de Julho de 1957 e o vigente DL n.º 28/84<sup>6</sup>. Deste modo, seria um tanto estranha a solução de as integrar no Código Penal, o que se não inviabiliza essa solução, pelo menos obriga a que para ela sejam encontradas razões fortes que, em meu entender, não existem. Restam assim duas opções: ou permanecem no DL n.º 28/84, como sucede actualmente, ou, uma vez que se faz mister num Código do Consumidor, são integradas neste.

Parece-me recomendável a segunda via pelas razões que passo a expor. Primeiro, a inclusão dos crimes (e também das contra-ordenações) no Código faz *jus* à ideia de autonomização da protecção penal de interesses dos consumidores do *mare magnum* do ilícito penal económico, ideia que tem base constitucional e vem sendo crescentemente reclamada. Segundo, o DL n.º 28/84, embora tenha sido concebido com o intuito de funcionar como o segundo diploma mais importante do Direito Penal português, uma espécie de lei quadro de todo o Direito Penal Económico, foi perdendo essa função com o passar do tempo e com o abandono a que foi relegado. Basta dizer que em vinte e dois anos de existência conheceu alguns aditamentos, com a introdução de novos crimes anti-económicos, mas nenhuma reforma ou adaptação significativa. É por isso que ali encontramos soluções punitivas ultrapassadas e de constitucionalidade duvidosa, como é o caso da prescrição cumulativa de penas de prisão e de multa, a qual contende no entender de muitos autores com o princípio do *ne bis in idem* na sua vertente

---

<sup>5</sup> Com efeito, o Código brasileiro prevê diversas infrações penais (arts.61 a 80), contrastando neste ponto com o Código italiano que só inclui três (v. art.º 112). Tanto no Brasil, como em Itália, o Código Penal contém também incriminações que tutelam bens jurídicos dos consumidores.

<sup>6</sup> Sobre as possíveis razões desta tradição v. FARIA COSTA, *Direito Penal Económico*, ed. Quarteto, 2003, p.43 e s.

material e a previsão de crimes próprios de uma economia colectivista como a destruição de bens próprios com relevante interesse para a economia nacional (art.º 32)<sup>7</sup>. Se quisermos sujeitar os crimes contra bens jurídicos dos consumidores aos novos ventos da cidadania e da política criminal, o DL n.º 28/84, tal qual está, é um sítio a evitar. Em terceiro lugar, a inserção das infracções no Código do Consumidor, sobretudo as contra-ordenações, mas também os crimes, reforça a ligação intrasistemática entre estas e as restantes matérias, a qual beneficia sem dúvida a respectiva interpretação e aplicação, pois um Código – mesmo quando se trata de um Código «pós-moderno»<sup>8</sup> – constitui um *corpus* coerente, dotado de uma certa unidade sistemática, que condiciona em boa medida a compreensão das suas disposições singulares. Atentos certamente a estas razões os ordenamentos jurídicos que possuem um Código do consumidor deslocaram para aí, se não todas, algumas das infracções correspondentes, mais exactamente, as que se prendem com a tutela de bens jurídicos supra-individuais do consumidor.

3. Falo em localização sistemática de incriminações num futuro Código do consumidor, mas que incriminações podem ser criadas nesta área? A proposta que sujeitei à Comissão e se encontra plasmada no cap. I do Título II do Anteprojecto, obedece ao seguinte enquadramento político-criminal: ampliar e reforçar a protecção dos interesses do consumidor em comparação com a legislação penal em vigor, nomeada-

<sup>7</sup> Tal incriminação faz lembrar os crimes de sabotagem económica que poluíam em antigos Códigos Penais de países da Europa de Leste.

<sup>8</sup> Esta expressão é usada aqui com o significado de corpo normativo heterogéneo, federador de matérias diversas segundo um *pensiero debole*: a necessidade de protecção do consumidor. Aplica o tópico da pós-modernidade à análise da legislação penal nos dias de hoje DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato «costituente» per la riforma del Codice*, in DONINI (org.), *La riforma della legislazione penale complementare*, ed. Cedam, 2000, p.9 e s.; numa perspectiva mais geral, considerando a heterogeneidade e a fragmentariedade como categorias adequadas a um entendimento correcto da realidade social e jurídica contemporâneas – v. FARIA COSTA, *O Direito, a fragmentariedade e o nosso tempo*, in *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra Editora, 2005, especialmente p. 15 e s.



mente o DL n.º 28/84, dentro do respeito escrupuloso por princípios estruturantes do Direito Penal, que formam a sua matriz de validade num Estado de Direito Democrático: os princípios da subsidiariedade, da ofensividade e da culpa.

**3.1.** Procurou-se tutelar directamente certos bens jurídicos supra-individuais dos consumidores, que partilham à uma as qualidades ou atributos de objecto de direitos sociais, de interesses difusos e de bens colectivos. São eles a saúde e a segurança, a qualidade de bens de consumo assimiláveis pelo organismo humano e ainda os interesses patrimoniais dos consumidores. Todos eles bens jurídicos essenciais à concepção da cidadania nas sociedades contemporâneas, todos eles dotados de relevo constitucional por via do art.º 60 da CRP e todos eles carecidos de tutela contra ameaças graves resultantes da dinâmica das sociedades actuais vistas como sociedades do risco global. De fora ficam as formas de protecção do consumidor enquanto sujeito individual, asseguradas pelo Código Penal através dos crimes contra a vida, a integridade física e do crime de corrupção de substâncias alimentares e medicinais ou, no que toca à tutela do património, da burla. De fora ficam igualmente incriminações que apenas protegem reflexamente interesses patrimoniais dos consumidores, como a especulação e o açambarcamento, cujos objectos de tutela são respectivamente a estabilidade dos preços e o regular abastecimento dos mercados<sup>9</sup>. Ambas permanecem no DL n.º 28/84 e em minha opinião a merecer revisão. Deixo aqui a pergunta que vale igualmente para muitas outras incriminações previstas naquele diploma: em que medida estas infracções, que podemos caracterizar como ilícitos de mercado, não deviam com mais proveito ser configuradas como contra-ordenações?

Pretendeu-se limitar a tutela dos bens jurídicos mencionados às modalidades de ofensa de gravidade proporcional à compressão de direitos resultante da aplicação das penas (de prisão ou multa) prescritas

---

<sup>9</sup> V. sobre este ponto, COSTA ANDRADE, *A nova lei dos crimes contra a economia à luz do conceito de bem jurídico*, in *Direito Penal Económico*, ed. CEJ, 1985, p.100 e ss. Fora do Código ficam também as infracções respeitantes a alimentos para animais, que permanecem no DL n.º 28/84 (arts.25 e 60).

e resistir dessa forma à tentação de uma fuga para o Direito Penal, sempre nefasta do ponto de vista dos custos sociais que comporta, nomeadamente nos planos da liberdade cidadã e da tão propalada crise da justiça. Particular relevância penal assumem certas formas de responsabilidade pelo produto perigoso e defeituoso. À responsabilidade pelo produto perigoso correspondem no Anteprojecto os crimes de produção, distribuição ou comercialização de bens e serviços nocivos à saúde e à segurança do art.º 428 ns.1, 2 e 3, que podem ser praticados tanto dolosa como negligentemente (n.º 4)<sup>10</sup>. Estes crimes, concebidos como crimes de aptidão ou de perigo abstracto-concreto<sup>11</sup>, vêm colmatar o hiato actualmente existente entre os crimes do art.º 282 do Código Penal (doravante, CP) e do art.º 24 do DL n.º 28/84, hiato que tem conduzido a uma aplicação ilegal do primeiro por parte dos nossos tribunais. A responsabilidade pelo produto defeituoso é acautelada, de maneira diferente, pelas incriminações dos arts.432 e 434. O primeiro vem substituir o crime do art.º 24 do DL n.º 28/84, que é assim revogado, e comporta também as formas dolosa e negligente (n.º 2)<sup>12</sup>. Não visa proteger a qualidade de todos os bens de consumo mas apenas a qualidade dos produtos assimiláveis pelo organismo humano, âmbito que se prende com o domínio mais vasto da qualidade de vida humana e que, tal como o anterior, se situa na confluência da sociedade de consumo com a sociedade de risco<sup>13</sup>. Embora se trate de bens jurídicos

<sup>10</sup> Fontes das referidas incriminações são o art.º 251 do CP de 1852/1886 e os arts. 17 n.º 1 al.a) e 18 n.º 1 al. a) do DL n.º 41204.

<sup>11</sup> Sobre estes conceitos v. Silva Dias, *Entre «comes e bebes»: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)*, in RPCC, ano 8 (1998) n.º 4, p. 520 e ss.; SOUSA MENDES, *Vale a pena o Direito Penal do Ambiente?*, ed. AAFDL, 2000, p. 119 e ss.; WOLFGANG WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts: zur Dogmatik «moderner» Gefährdungsdelikte*, ed. Duncker & Humblot, p. 297 e s.

<sup>12</sup> Fonte do art.º 432, além do art.º 24 do DL n.º 28/84, são também os arts.17 n.º 1 b) e 18 n.º 1 b) do DL n.º 41204.

<sup>13</sup> Sobre a sociedade do risco e a sua relação com a sociedade de consumo v. AUGUSTO SILVA DIAS, *Protecção jurídico-penal de interesses dos consumidores (policopiado)*, 3.ª ed., Coimbra, 2001, p. 1 e ss., em especial, 8 e ss.

diferentes há certos pontos de contacto entre a protecção da qualidade de produtos assimiláveis pelo organismo humano e a protecção da saúde e da segurança. À uma, ambos relevam das ameaças para a existência humana geradas pela dinâmica das sociedades contemporâneas vistas como sociedades do risco. À outra, mantêm entre si uma relação de continuidade. Basta pensar que todo o produto nocivo à saúde é impróprio para o consumo. Esta relação permite reforçar a protecção penal do consumidor, em comparação com o Direito vigente, numa dupla direcção. Por um lado, a articulação entre os crimes dos arts. 428, 432 do Anteprojecto e 282 do CP passa a formar uma rede protectora sem rupturas, que vai da tutela supra-individual à protecção (multi-) individual do consumidor. Por outro lado, a factualidade típica dos crimes do art.º 428 e do art.º 432 não se confina a géneros alimentícios, aditivos alimentares, e bens medicinais estendendo-se antes a todos os produtos assimiláveis pelo organismo humano, seja por inalação, deglutição ou por via cutânea.

Já o crime do art.º 434 visa proteger interesses dos consumidores contra produtos e serviços defeituosos num outro sentido. Representa no fundo uma especificação para o domínio do consumidor da fraude sobre mercadorias do art.º 23 do DL n.º 28/84, o qual por isso não é revogado, mas passa a aplicar-se apenas às relações entre comerciantes<sup>14</sup>. A qualidade não é aqui entendida na relação do produto com o organismo humano, mas na sua relação com o bolso e as expectativas económicas legítimas do consumidor. Pune-se a produção ou comercialização de «gato por lebre», não sendo por acaso que a estrutura do ilícito típico obedece ao modelo da fraude. Afasta-se, contudo, da burla do art.º 217 do CP, como sucede de resto com o tipo incriminador do art.º 23 do DL n.º 28/84, posto que, sendo o objecto tutelado um património massa, carecem de sentido neste contexto elementos do tipo de burla como a manobra artilosa e o prejuízo patrimonial. Optou-se pela qualificação deste crime como semi-público (art.º 434 n.º 2) por duas razões: por um lado, a fraude na produção e no comércio não é

---

<sup>14</sup> Em boa verdade, fonte do crime do art.º 434 não é apenas o art.º 23 do DL n.º 28/84 restringido, mas também o art.º 456 do CP de 1852/1886 ampliado.

sempre um fenómeno de massas surgindo muitas vezes no quadro de relações negociais bilaterais; por outro lado, sendo atingidos apenas interesses patrimoniais e sendo a infracção de pequena gravidade, a sua caracterização como crime semi-público incentiva a composição extrajudicial do litígio. Mais não se fez do que transladar para aqui a lógica que presidiu à qualificação como crimes semi-públicos dos crimes patrimoniais do CP puníveis com pena de prisão até 3 anos<sup>15</sup>. A queixa pode ser apresentada por qualquer consumidor, a título de ofendido individual ou de ofendido difuso<sup>16</sup>, que poderá também constituir-se assistente no processo nos termos do art.º 437 do Anteprojecto.

A tutela dos interesses patrimoniais é completada com um crime de aproveitamento de situação de ingenuidade, ignorância ou debilidade psíquica (art.º 435), que pretende punir certas vendas agressivas, designadamente vendas «em cadeia», «em pirâmide» ou tipo «bola de neve», com o recurso a menores, a analfabetos ou a pessoas portadoras de anomalia psíquica<sup>17</sup>. Deste modo, são colocadas sob alçada penal certas formas de agressão ao património dos consumidores cometidas através da instrumentalização ou exploração de situações de especial vulnerabilidade alheia perpetradas com intuito lucrativo. Trata-se, como é bom de ver, de um crime complexo em que são protegidos simultaneamente bens pessoais e valores patrimoniais, explicando-se a sua localização sistemática num Código do Consumidor pelo facto de a ofensa

<sup>15</sup> Se puder ser contabilizado um prejuízo patrimonial e se este tiver valor elevado ou consideravelmente elevado, será realizado o crime de fraude na produção e no comércio agravado do art.º 436, que é crime público.

<sup>16</sup> É de ofendidos no sentido do art.º 68 n.º 1 al.a) do CPP que verdadeiramente se trata, embora o conceito de ofendido ali acolhido deva ser interpretado num sentido amplo – sobre os fundamentos de tal interpretação v. AUGUSTO SILVA DIAS, *A tutela do ofendido e a posição do assistente no processo penal português*, in FERNANDA PALMA (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e direitos fundamentais*, ed. Almedina, 2004, p.55 e ss.

<sup>17</sup> Este crime é inspirado na figura do *abus de faiblesse* prevista no art.º 7 da Lei francesa n.º 72-1137 de 22 de Dezembro de 1972 e no art.º 94 do Projecto de Código de Consumo francês. Note-se que o aproveitamento da situação de ingenuidade, ignorância ou debilidade psíquica é tratada no Anteprojecto também como circunstância a ter em conta na determinação da medida da pena – v. art.º 413 al.d).

aos primeiros ser instrumental da ofensa aos segundos e de estes respeitarem aos consumidores. No fundo, é utilizada aqui a mesma lógica que presidiu à inserção sistemática dos crimes de roubo ou de extorsão nos crimes contra o património do CP.

Todas as incriminações referidas admitem formas agravantes que no caso dos crimes contra a saúde e a segurança vão até à agravação pelo resultado (art.º 430). Previsto é também um crime de recusa em retirar do mercado bens e serviços nocivos à saúde e à segurança (art.º 431), a cujo fundamento e alcance político-criminal aludirei adiante. Pode parecer um elenco curto de incriminações, sobretudo se comparado com diplomas homólogos como o Código do consumidor brasileiro, mas é uma opção assumida. Também no âmbito da protecção do consumidor o Direito Penal não deve ser o primeiro nem o principal instrumento de intervenção. Por razões que se prendem com os princípios atrás enunciados e por mais uma que tem a ver com a afirmação crescente nesta área do princípio da precaução. Quer o Regulamento n.º 178/2002 do Parlamento e do Conselho de 28 de Janeiro (art.º 7), quer o Anteprojecto (art.º 656) propugnam o primado de uma lógica de prevenção na protecção do consumidor mesmo que as medidas legislativas e outras tenham de ser tomadas num quadro de incerteza quanto às causas e aos efeitos dos riscos. Esta orientação desenvolve-se através da juridificação de uma série de cautelas ou, dito de um outro modo, de criação de uma densa teia de deveres para controlo de actividades de risco. A violação desses deveres preventivos dá lugar as mais das vezes a um ilícito de desobediência que é estranho à arquitectura do ilícito penal, sempre ávido de danosidade social<sup>18</sup>. O Ante-

---

<sup>18</sup> Sobre o princípio da precaução e a sua (difícil) convivência com o Direito Penal v. JOSÉ BAÑO LEÓN, *El principio de precaución en el Derecho Público*, in BOIX REIG/BERNARDI (coords.), *Responsabilidad penal por defectos en productos*, p.29 e ss.; LUIGI FOFFANI, *Responsabilidad penal por el producto y Derecho comunitario*, p.106 e ss.; GARCIA RIVAS, *Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria*, in GARCIA RIVAS (coord.), *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, ed. Univ. Castilla-la-Mancha, 2005, p.91 e ss.; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, ed. Giuffrè, 2004, p.119 e ss.; CARLO PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, ed. Giuffrè, 2004, p.524 e ss.

projecto apostou sobretudo no ilícito contra-ordenacional para dar expressão à violação dos deveres cautelares que se filiam e realizam o princípio da precaução.

3.2. Disse que o ilícito penal é ávido de danosidade social, significando isso desde logo que não se basta com a anti-normatividade. A caracterização das sociedades de consumo contemporâneas como sociedades do risco é importante para situar o Direito Penal moderno e os desafios com que se defronta, mas não significa nem obriga à configuração do Direito Penal do consumidor como Direito Penal da precaução ou, numa expressão que lhe é próxima, como Direito Penal do risco. O princípio da ofensividade decorrente da exigência de proporcionalidade na restrição de direitos fundamentais do art.º 18 n.º 2 da CRP, impõe a indagação e consequente densificação nos tipos incriminadores dos nódulos de ofensa ou afectação de bens jurídicos, mercedores de relevância penal. Consequência disto é a despenalização de infracções vigentes em cujo ilícito típico não é descortinável uma manifestação de ofensividade.

Dou o exemplo do abate clandestino. O desvalor que está em causa nesta infracção, que no Anteprojecto é tratada como contra-ordenação (art.º 448), não tem por base a (má) qualidade da carne do animal abatido, mas depende de se este foi ou não objecto de inspecção sanitária e se foi ou não abatido em matadouro licenciado. A carne do animal pode ser a melhor, que nem por isso a infracção deixa de se realizar, verificados que estejam aqueles dois requisitos. Este ilícito cautelar, assente na violação de um dever sanitário, não se coaduna pois com as matrizes referenciais do ilícito penal. Podia invocar-se em prol da sua permanência como crime uma razão de ordem pragmática: muitos dos abates clandestinos são cometidos entre paredes e se esse comportamento não for qualificado como crime as autoridades administrativas fiscalizadoras ou os órgãos de polícia criminal não poderão obter mandato de busca para entrar nesse espaço. O argumento é pertinente mas não é procedente. As situações de abate clandestino criam a suspeita legítima de que a carne do animal abatido seja imprópria para consumo. Pode ser ou não e é nessa incerteza precisamente que se funda a suspeita. Se essa suspeita não é suficiente para fundamentar

a responsabilidade criminal do abate clandestino, pois como se disse, o ilícito penal não pode ser um ilícito de suspeita ou de cautela, já fornece motivo bastante para uma autorização de busca no local pela prática de um crime de produção de carne imprópria para consumo. Mesmo que esse local seja qualificável como domicílio do agente, nada há no art.º 174 e ss. do Código de Processo Penal (doravante, CPP) que impeça esta leitura. Com efeito, a notícia ou suspeita de que alguém está a abater um animal para consumo público sem a devida inspecção sanitária está –de um modo contingente, é certo, mas em todo o caso- ligada à suspeita de que a carne subtraída a esse controlo é imprópria para consumo (por exemplo, porque o animal pode estar doente, pode ter sido alimentado com substâncias não autorizadas etc.) e, portanto, à existência de indícios de que objectos de um crime – o crime do art.º 432 do Anteprojecto- «se encontram em lugar reservado ou não livremente acessível ao público», que constitui pressuposto geral das buscas nos termos do art.º 174 n.º 2 do CPP. A relação entre as duas situações, percebe-se melhor se pensarmos que o abate clandestino pode surgir como acto preparatório, se não mesmo como acto de execução, da produção de um bem destinado ao consumo alheio e impróprio para esse fim (modalidade típica do art.º 432). Daí que a uma vá associada a suspeita da outra, aspecto que não pode ser ignorado no que diz respeito à ordenação ou autorização de buscas. Esse aspecto é tanto mais importante quanto é certo que, quando o abate é realizado em espaço reservado ou domiciliário, a busca é o principal meio de obtenção da prova da prática do crime de produção de carne imprópria para consumo do art.º 432.

Casos há, no entanto, em que a nocividade material do comportamento não surge desligada da nocividade formal. É natural que assim seja num domínio onde abunda legislação administrativa reguladora da composição e da utilização de muitos produtos de consumo, de fonte comunitária e não só. A ligação entre a danosidade da conduta e essa legislação é assegurada através da técnica dos tipos incriminadores parcialmente em branco. Exemplos dessa técnica remissiva para disposições administrativas, por força da qual estas passam a delimitar esfera da proibição, são o n.º 2 do art.º 428 e a al.d) do n.º 1 do art.º 432 que qualificam respectivamente como susceptíveis de lesar a saúde e a

segurança e impróprios para consumo produtos que contêm «substâncias não autorizadas» ou «em quantidades não autorizadas». A nocividade para a saúde e a impropriedade para consumo podem resultar, assim, também de uma tipologia prévia de substâncias absoluta ou relativamente proibidas acolhida em regulamentos e normas técnicas. Ilustram essa tipologia os casos do clenbuterol, substância proibida desde 1989, que era usada em rações para animais<sup>19</sup> e do benzopireno, uma substância tóxica e cancerígena quando ingerida em períodos prolongados, encontrada em 2001 em azeites comercializados em Espanha e Portugal<sup>20</sup>.

3.3. Procurou-se também observar o princípio da culpa ao nível da construção dos tipos de sorte a facilitar depois a imputação subjectiva de elementos como o dolo, a negligência e a consciência da ilicitude. Para isso seguiu-se uma estratégia de destecnificação dos tipos, isto é, de saneamento dos tipos incriminadores de elementos de elevada tecnicidade. Dou como exemplo a substituição do conceito de «género alimentício anormal» que consta do tipo do art.º 24 do DL n.º 28/84 pelo conceito de «impróprio para consumo», que foi extraído do antigo DL n.º 41204 e do Regulamento Comunitário n.º 178/2002 e integra o tipo do art.º 432 do Anteprojecto. Desse modo, visa-se atingir uma tripla finalidade: ampliar a abrangência típica, estendendo-a a bens de consumo de natureza não alimentar, como vimos; dar ao desvalor dos comportamentos maior visibilidade pública do que aquela que tem actualmente com o emprego do adjectivo «anormal», que é definido no art.º 82 do DL n.º 28/84 através de uma outra série de conceitos técnicos como «falsificado», «corrupto» e «avariado»<sup>21</sup>; potenciar a comunicação entre

<sup>19</sup> Estes casos de alimentação de gado bovino com clenbuterol deram origem a vários Acórdãos do STE que concluíram pela condenação de ganadeiros por ministrarem às reses a substância em causa – sobre o tema v. GARCIA RIVAS, *Influencia del principio de precaución*, p.118 e s.

<sup>20</sup> O caso é diferente do do clenbuterol porque este último era um medicamento misturado nas rações para animais. Este daria lugar a carne imprópria para consumo (art.º 432); aquele a azeite nocivo para a saúde humana (art.º 428).

<sup>21</sup> Embora o tipo do art.º 432 não se cinja a estes conceitos, seria útil transpor para o Anteprojecto as definições que deles dá o art.º 82 já que carece de sentido a sua permanência no DL n.º 28/84 após a revogação do art.º 24.



a norma e os destinatários fornecendo-lhes a informação normativa bastante para a formação laica do dolo, condição indispensável para aceder sem distorções à compreensão do desvalor do comportamento e consequentemente para se motivar à acção de acordo com ela. Embora a impropriedade para o consumo não dispense inteiramente o recurso a conceitos técnicos, a verdade é que vai muito para além deles e nessa medida intensifica a comunicação entre a linguagem normativa e a linguagem corrente.

3.4. Ocupei-me até agora da apresentação das incriminações singulares tendo em conta os objectos valorativos por elas tutelados e a amplitude da respectiva área de tutela. Está por esclarecer, no entanto, quem é o beneficiário dessa tutela, ou, dito de um outro modo, quem é o titular dos bens jurídicos protegidos, a vítima das agressões típicas. A resposta é intuitiva e imediata: o consumidor, na dupla qualidade de agente económico e de *cives*. Se desse modo se diz muito, não se diz, porém, tudo. Na verdade subsiste a questão, nada bizantina, de saber quem é realmente o consumidor. O Anteprojecto apresenta uma noção algo complexa de consumidor que está longe de ser pacífica. Começa por estabelecer no art.º 10 n.º 1 que é considerado consumidor «a pessoa singular que actue para a prossecução de fins alheios ao âmbito da sua actividade profissional, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou colectiva, se apresenta como profissional». Esta é a definição nuclear que se aproxima da noção sociológica de consumidor e que em si mesma não é problemática. O problema surge quando nos arts.11 e 12 são previstas respectivamente uma extensão e uma restrição do conceito de consumidor. A extensão leva à aplicação do regime que o Código reserva ao consumidor (no sentido do art.º 10) às pessoas colectivas que «provarem que não dispõem nem devem dispor de competência específica para a transacção em causa e desde que a solução se mostre de acordo com a equidade» (art.º 11 n.º 1) e às «pessoas singulares que actuem para a prossecução de fins que pertençam ao âmbito da sua actividade profissional» verificando-se os dois requisitos anteriores (n.º 2). A restrição visa excluir do regime mais favorável do Código aqueles que, apesar de abrangidos pelo art.º 10, disponham ou devam dispor, em virtude da sua actividade

e experiência profissional, de competência específica para a transacção em causa (art.º 12 n.º 2).

Embora apoiada num eixo central, a noção de consumidor flutua em função de duas coordenadas: a competência específica para a transacção e a equidade. Diversas críticas podem ser formuladas a estas variações, mas duas há que quero aqui sublinhar. Por um lado, a extensão da qualidade de consumidor a pessoas colectivas não só descaracteriza a noção de consumidor e rompe com o fundamento de um regime jurídico específico das relações de consumo que se prende, como é sabido, com o desequilíbrio estrutural daquelas relações, pois uma das partes, o consumidor, surge as mais das vezes numa posição de fragilidade e de desinformação, como ainda torna extremamente manipulável essa qualidade tornando-a dependente da equidade. Por outro lado, e é este aspecto que particularmente me interessa realçar, o Anteprojecto tem de laborar com diversas noções de consumidor. Não é por acaso que no capítulo das incriminações não é feita qualquer alusão ao consumidor na respectiva previsão típica. A tutela penal necessita de operar com uma noção estável de consumidor e a interpretação dos tipos incriminadores não pode variar consoante a comprovação concreta de se há ou não competência específica para a transacção por parte do consumidor ou em função de ponderações de equidade do juiz. Tamanha flexibilidade poria em causa por completo as exigências de segurança jurídica e a confiança dos cidadãos nas reacções do poder punitivo, além de que tornaria impossível em certas situações a formação do dolo e mesmo da negligência. Por isso se evitou fazer referência ao consumidor na descrição dos tipos.

Não é que o titular dos bens jurídicos protegidos por esses tipos não seja o consumidor, mas por força da complexidade da definição do art.º 10 e ss., é outra a noção de consumidor que aqui está em causa. Uma noção que não dista da que consta do art.º 10 e que privilegia a ligação com a realidade sociológica das relações de consumo nas sociedades contemporâneas. Consumidor é neste sentido um sujeito-massa que entra em relação com um ou vários profissionais para obter bens ou solicitar serviços que se destinam à satisfação de necessidades de carácter privado e não profissional e que se apresenta nessa relação, em

regra, vulnerável e carecido de informação e de protecção<sup>22</sup>. Quando os tipos incriminadores do Anteprojecto designam por «outrem» o destinatário da acção danosa é a este sujeito indiferenciado, simultaneamente agente económico e cidadão titular de direitos, portador de necessidades e expectativas para cuja satisfação se envolve em relações sociais mais ou menos anónimas e mais ou menos globalizadas que o expõem a diversos riscos, que vão desde a ameaça existencial à ruína patrimonial, é a este sujeito que se referem.

4. No que diz respeito à parte geral do Anteprojecto, gostaria de focar três aspectos: um prende-se com a retirada do mercado dos produtos de consumo que são objecto da actividade criminosa e, em boa verdade, é resolvido a cavalo entre a parte geral e a parte especial; outro está relacionado com a solução adoptada quanto ao concurso entre crime e contra-ordenação e suas implicações processuais; o último tem a ver com o regime da aplicação de penas, as principais, as substitutivas e as acessórias.

4.1. O primeiro aspecto mencionado reveste-se de inegável importância do ponto de vista da manutenção de um nível elevado de protecção dos consumidores e é solucionado no Anteprojecto por meio de um leque de soluções de parte geral e de parte especial.

Começa por se incentivar o infractor a retirar os produtos do mercado num quadro de retorno à legalidade e de reparação da ofensa causada ao bem jurídico. Este quadro é assegurado por duas figuras: a causa de isenção da responsabilidade criminal do art.º 411 e a causa de atenuação (facultativa) da pena do art.º 412, disposições baseadas respectivamente nos arts.26 e 27 do DL n.º 28/84. Ambas pressupõem um comportamento activo e voluntário do agente e a ausência de uma concreta situação de perigo para a vida, a integridade física ou a saúde de alguém (de outro modo estaríamos a interferir no regime punitivo

---

<sup>22</sup> Sobre estes elementos e a sua razão de ser v. CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, ed. Almedina, 1990, p. 58 e ss.; AUGUSTO SILVA DIAS, *Protecção jurídico-penal de interesses dos consumidores*, p. 10 e ss.

do crime do art.º 282 do CP), mas enquanto a causa de isenção da pena é aplicável se a conduta reparadora anteceder a intervenção das autoridades competentes, a atenuante corresponde já a uma atitude de colaboração do agente com as mesmas. A diferença de efeitos jurídicos reside pois na espontaneidade e prontidão do «arrependimento» do agente.

Não tendo havido uma acção reparadora do agente, a retirada dos produtos do mercado ou a interdição da prestação de certos serviços podem ser ordenadas no decurso do processo pelo TIC ou o Tribunal, consoante a fase em que se encontre, se houver perigo ou fundada suspeita de perigo para a saúde ou a segurança ou de impropriedade para o consumo dos bens, nos termos do art.º 440. O tribunal pode ainda ordenar a difusão pelos órgãos de comunicação apropriados de comunicados informando a colectividade do perigo existente. As medidas cautelares que o tribunal decretar serão realizadas a expensas do arguido (n.º 3).

Para além destas medidas, o art.º 427 n.º 2 prevê a possibilidade de o tribunal ordenar na sentença a retirada do mercado de bens ou a interdição de serviços nocivos à saúde ou à segurança dos consumidores ou de bens impróprios para consumo e, se for caso disso, a respectiva destruição, também a expensas do condenado. Tratando-se de bens ou serviços susceptíveis de lesar a saúde e a segurança – e só destes – e entendendo o tribunal por conveniente intimar o arguido ou o condenado a retirarem do mercado esses bens ou produtos, o incumprimento da intimação é punível com a pena prescrita para o crime de desobediência qualificada (art.º 431 n.º 1). Se se tratar apenas de produtos impróprios para consumo ou objecto de fraude a situação não é tão grave e urgente que justifique a cominação da desobediência qualificada para o incumprimento da intimação pelo arguido. A realização das medidas cautelares pelas autoridades administrativas<sup>23</sup> a expensas do arguido e a

---

<sup>23</sup> Além da competência para realizar as medidas cautelares descritas no art.º 440 n.ºs 1 e 4, o Anteprojecto impõe às autoridades administrativas, no art.º 60 n.º 2, o dever geral de retirar do mercado produtos perigosos, o que significa que elas terão nesta tarefa sempre um papel principal.

aplicação de uma coima ao arguido faltoso por violação da obrigação geral de segurança prevista no art.º 455, que abrange o dever de retirar o produto do mercado e de o recolher junto do consumidor (arts. 56 n.º 1 al. c), 57 n.º 2 al.d), constituem solução adequada e penalização suficiente. Note-se que a apreensão e retirada do mercado de bens e objectos relacionados com a prática de contra-ordenações vem prevista no art.º 531 n.º 1, configurando o n.º 3 como contra-ordenação grave o incumprimento dessas medidas pelo agente quando impostas pela autoridade competente. Isto significa que quem não cumprir a obrigação geral de segurança na parte relativa à retirada do produto do mercado ou à sua recolha junto do consumidor e, após intimação da autoridade competente para o fazer, continuar em incumprimento, pratica duas contra-ordenações.

4.2. O concurso de infracções penais e contra-ordenacionais é regulado pelo art.º 409 por meio de uma solução diferenciada que introduz clarificação nesta matéria. No ordenamento jurídico português encontramos dois regimes antagónicos a respeito desta espécie de concurso: um que manda aplicar só a pena, sem prejuízo da aplicação de sanções acessórias cominadas para a contra-ordenação<sup>24</sup>, e o outro que ordena a aplicação de penas e coimas, para além obviamente das sanções acessórias<sup>25</sup>. Este cenário é confuso e dogmaticamente incorrecto porque nenhum dos regimes mencionados é aplicável a todas as situações de unidade de facto. Para melhor compreender a insuficiência assinalada e a razão de ser da solução proposta importa distinguir dois conceitos de unidade: a unidade de facto e a unidade de fundamento<sup>26</sup>. A situação prevista na primeira parte do n.º 1 do art.º 409 reporta-se apenas à unidade de facto sem a cobertura da unidade de fundamento, enquanto

---

<sup>24</sup> Vg. art.º 20 do RGCC.

<sup>25</sup> Vg.art.º 420 do Código dos Valores Mobiliários.

<sup>26</sup> Sobre este ponto v. VICENTE MARTINEZ, *Regimen sancionador en la protección de la salud de los consumidores*, in GARCIA RIVAS (COORD.), *Protección penal del consumidor*, p. 36 e s. reportando-se à teoria das «três identidades» defendida pelo Tribunal Constitucional Espanhol. A terceira identidade é a identidade de agente que, a meu ver, não tem tanto interesse neste contexto como as outras duas.

a situação descrita na segunda parte concita tanto a primeira quanto a segunda unidade. Por conseguinte, na primeira situação o agente é punível pela prática de um crime e de uma contra-ordenação; na segunda será punido tão só pela comissão de um crime. Qual a razão de ser desta solução diferenciada? Devia ser abandonada a parte final do preceito em questão? Apesar de a Comissão ter alinhado pela tese da diferenciação material entre crime e contra-ordenação, seguindo neste particular a maioria da doutrina nacional<sup>27</sup>, e de ter posto um cuidado escrupuloso em evitar sobreposições de conteúdo entre o ilícito penal e o ilícito contra-ordenacional, os factos concretamente realizados tornam possíveis situações de sobreposição quer entre infracções do Anteprojecto<sup>28</sup>, quer entre estas e outras previstas fora dele<sup>29</sup>. A solução adoptada na parte final do n.º 1 assenta na constatação de que sendo o mesmo facto enquadrável simultaneamente num tipo penal e num tipo contra-ordenacional e havendo entre estes coincidência essencial quanto ao bem jurídico tutelado ou quanto ao âmbito de tutela, o ilícito típico penal abrangerá a totalidade do desvalor do comportamento, pelo que não sobra espaço valorativo para uma punição autónoma da contra-ordenação. Estes casos de confluência entre unidade de facto e unidade de fundamento, correspondem no fundo ao concurso de normas, nomeadamente nas modalidades de subsidiariedade ou de consunção, com a especificidade de se tratar de normas de natureza jurídica distinta. A aplicação neste contexto de penas e coimas ao mesmo facto – não

---

<sup>27</sup> V. por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, PG, I, Coimbra Ed., 2004, p. 150 e ss.

<sup>28</sup> Atente-se no seguinte exemplo: Abel, comerciante, tem à venda um género alimentício impróprio para consumo em virtude de o ter armazenado deficientemente e com violação das prescrições legais. Abel realiza simultaneamente o crime do art.º 432 e a contra-ordenação do art.º 447 al.b) ambos do Anteprojecto. Nos termos do art.º 409 n.º 1 deverá ser punido só pelo crime (sem prejuízo de lhe serem aplicáveis sanções acessórias da coima).

<sup>29</sup> Considere-se o seguinte exemplo: Abel, vendedor, consegue enganar alguns clientes e causar-lhes um prejuízo patrimonial criando-lhes a ilusão de que comprando o produto ganhariam um prémio. Abel realiza simultaneamente o crime do art.º 217 do CP e a contra-ordenação do art.º 469 n.º 1 do Anteprojecto. Segundo o art.º 409 n.º 1 deverá ser punido somente pelo crime de burla.

já de sanções acessórias das coimas, note-se- comportará uma violação do *ne bis in idem* previsto no art.º 29 n.º 5 CRP, na sua vertente material, pois significa um caso de dupla punição. Podia objectar-se a esta posição argumentando que o preceito constitucional se refere ao múltiplo julgamento pelo «mesmo crime» e portanto apenas ao Direito Penal, mas nem as regras de interpretação de preceitos constitucionais relativos a direitos e garantias se opõem, nem razões substanciais dispensam a extensão do preceituado naquele art.º 29 n.º 5 ao Direito Público sancionatório, sobretudo ao concurso entre infracções penais e contra-ordenacionais<sup>30</sup>.

Por outro lado, pretendeu-se explorar as virtualidades do concurso de infracções no plano processual. A ideia é a seguinte. Se o facto constituir simultaneamente crime e contra-ordenação – quer se verifique ou não a situação da ressalva da parte final do n.º 1 do art.º 409, a que acabei de aludir – terá lugar não só uma redefinição de competências para dirigir as investigações e a instrução do processo contra-ordenacional (que não para as realizar) e para aplicar a coima, que passam a caber respectivamente ao M.º P.º e ao juiz penal, mas também uma conexão de processos. Esta conexão não será realizada nos processos especiais e cessará nas circunstâncias previstas nas várias alíneas do n.º 3 do art.º 409, procurando-se assim evitar que desta solução decorram atrasos quer para o processo penal, quer para o processo contra-ordenacional. Afastámo-nos neste ponto do preceituado no art.º 420 do CVM<sup>31</sup> mas a solução adoptada está longe de ser uma novidade entre nós, para além de haver em minha opinião excelentes razões para a acolher. Em boa verdade, semelhante repercussão do concurso de infracções no domínio processual era preconizada pelo antigo RJFNA (arts. 53 e 54 n.º 4) e é hoje consagrada nos arts. 38 n.º 1 e 39 do RGCC. Em abono desta solução militam não só argumentos de economia processual mas ainda razões de justiça sancionatória. Tendo em conta

---

<sup>30</sup> Neste sentido, vendo no regime do art.º 20 do DL n.º 433/82 uma exigência do *ne bis in idem*, v. FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal: programa, conteúdos e métodos de ensino*, 2006, p.154 e s.

<sup>31</sup> Estipula-se aí que devem ser instaurados processos diferentes a decidir pelas autoridades competentes.

a relação interna entre ambas as infracções produzida pelo facto, faz todo o sentido que as investigações de uma e de outra não decorram em princípio separadamente, a menos que as de uma provoquem demora excessiva para as de outra<sup>32</sup>, e que seja o juiz a aplicar a coima. Isso permitir-lhe-á não só determinar a natureza do concurso mas também proceder a um «cúmulo jurídico» das sanções aplicáveis (caso o sejam ambas), o que potencia a justiça punitiva, mormente quando está em causa a aplicação de uma coima e de uma pena de multa.

**4.3.** O último ponto que abordarei no quadro da presente intervenção diz respeito ao regime sancionatório do Anteprojecto regulado no art.º 413 e ss. Sublinharei alguns aspectos atinentes à escolha e medida da pena, à responsabilidade e à punição das pessoas colectivas e ao regime das penas substitutivas e acessórias.

**4.3.1.** Em matéria de escolha e medida da pena, são inseridas no art.º 413 a título exemplificativo, além das circunstâncias já previstas em legislação penal económica, nomeadamente o DL n.º 28/84 (art.º 6), duas novas circunstâncias particularmente adequadas à temática em causa: «ter a infracção provocado alarme ou inquietação social, manifestada numa alteração perceptível do comportamento económico das pessoas» (al.b); «o impacto social da sanção a aplicar» (al.g). A primeira chama a atenção para as consequências sociais do crime e releva como índice de gravidade do mesmo. A psicologia social tem estudado o efeito que o alarme ou a inquietação resultantes de crimes como os previstos nos arts. 428 e 432 do Anteprojecto produzem no padrão de vida dos consumidores, realidade a que o juiz não deve ficar indiferente na hora de fixar a pena concreta. A segunda circunstância referida vai no sentido oposto, alertando para as consequências sociais da pena. A aplicação de uma pena a comportamentos económicos poderá interferir negativamente no tecido económico ao ponto de gerar injustiças sociais,

---

<sup>32</sup> Demoras para o processo contra-ordenacional poderão ocorrer nos casos em que o processo penal depende de queixa ou de acusação particular e atrasos causados pelas investigações e instrução da contra-ordenação poderão suceder quando o processo penal tem forma especial.



de que não é exemplo dispiciendo o despedimento de trabalhadores. O aplicador não deve ficar insensível a este tipo de consequências. A directiva da al.g) serve também para demonstrar que em matéria punitiva o Anteprojecto não segue uma lógica de retribuição.

**4.3.2.** As penas aplicáveis às pessoas colectivas e equiparadas são reguladas pelo art.º 414. Depois de o art.º 408 estabelecer os termos em que pode ser atribuída responsabilidade criminal e contra-ordenacional às pessoas colectivas e equiparadas, em moldes que não distam muito do que é hoje comum entre nós no Direito Penal secundário, o art.º 414 enuncia as penas aplicáveis e o regime da sua aplicação. Quando à primeira disposição, permito-me lembrar que se encontra actualmente em discussão pública um Anteprojecto de Revisão do Código Penal que introduz alterações importantes ao art.º 11 do CP. De entre elas merecem destaque a extensão da responsabilidade criminal das pessoas colectivas e equiparadas a vários domínios do Código Penal, como, por exemplo, os crimes sexuais, e a definição dos critérios de imputação que possibilitam essa extensão. São eles a ocupação de uma posição de liderança no seio da pessoa colectiva e a violação de deveres de vigilância ou controlo por quem detém aquela posição. Quanto ao primeiro critério, ele não constitui propriamente uma novidade. Mesmo sem estar expressamente referido nos vários diplomas que formam o Direito Penal secundário, esse é o critério habitualmente usado entre nós para justificar e determinar a responsabilidade criminal das pessoas colectivas. Agindo estas, não por conduta própria, mas através da actuação dos seus órgãos dirigentes, faz sentido que lhes sejam imputadas as acções que estes realizam em nome delas e no interesse colectivo. É este também o modelo subjacente ao art.º 408 do Anteprojecto. Não quero dizer que tenham sido superadas por esta via todas as dificuldades, nomeadamente as relacionadas com a natureza derivada ou autónoma da imputação do facto à pessoa colectiva e com a adequação desta forma de responsabilidade à culpa jurídico-penal<sup>33</sup>, mas tão só que a

---

<sup>33</sup> Dá conta destas dificuldades ULFRID NEUMANN, *Das Corpus Juris im Streit um ein europäisches Strafrecht*, in BARBARA HUBER (Hrsg.), *das Corpus Juris als Grundlage eines europäischen Strafrecht*, ed. Juscrim, 2000, p. 80 e s.

atribuição à pessoa colectiva de decisões e acções dos seus órgãos dirigentes é um critério frequentemente usado pela jurisprudência nacional e que o Anteprojecto não ignorou essa realidade na regulação da matéria.

Já a responsabilidade da pessoa colectiva e equiparada baseada na *culpa in vigilando* dos seus dirigentes por factos praticados por subordinados (trabalhadores, funcionários etc.) no desempenho de funções, proposta no art.º 11 n.º 2 al.b) daquele Anteprojecto de Revisão, se afigura mais difícil de aceitar. Parece-me precipitada a introdução na estrutura da responsabilidade criminal de uma categoria que lhe é estranha, com todas as perturbações que isso acarreta. Na verdade, o critério em causa produz uma dupla aporia. Por um lado, comporta e equipara conceptualmente dolo, negligência e risco, o que, tendo em conta que estamos perante comportamentos omissivos praticados no contexto de organizações complexas, quase sempre de prova difícil, não deixa de constituir um convite à simplificação da prova e à irrupção no âmbito das pessoas colectivas de formas larvares de responsabilidade penal objectiva<sup>34</sup>. O dirigente que tinha o dever funcional de controlar o sector da actividade da empresa em que o crime foi praticado e simplesmente não o cumpriu, aumentou desse modo o risco de realização do crime e isso pode ser considerado bastante – pelo menos conceptualmente é – o – para a afirmação da *faute* que possibilita a transferência do crime realizado para a esfera de responsabilidade da pessoa colectiva. Por outro lado, o critério da *culpa in vigilando* cria o risco de a pessoa colectiva ser responsável por um crime doloso cometido por um seu trabalhador (dos previstos no n.º 2 do art.º 11 daquele Anteprojecto) quando o título de imputação consiste, por exemplo, na violação negligente do dever de vigilância por banda de um ou mais dos seus dirigentes. A estrutura trifásica introduzida por este critério (comportamento do subordinado, *culpa in vigilando* dos dirigentes, pessoa colectiva imputada) proporciona situações desfocadas, como esta, que são dificilmente compagináveis com o princípio da culpa.

---

<sup>34</sup> Sobre este risco, documentado em algumas sentenças judiciais proferidas na área da chamada responsabilidade penal pelo produto, v. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, ed. lo Blanc, 1995, p. 168 e ss.

De entre as penas aplicáveis às pessoas colectivas e equiparadas no Anteprojecto de Código do consumidor avultam a multa e a interdição temporária da actividade. A novidade introduzida neste ponto reside na caracterização de ambas como penas principais e na criação de uma certa articulação e convertibilidade entre elas à semelhança do que se passa com a multa e a prisão relativamente às pessoas singulares. Neste sentido, o art.º 414 n.º 2 estipula que, em caso de concurso de crimes, a pessoa colectiva será condenada numa pena única se as penas aplicadas aos crimes em concurso forem umas de interdição temporária da actividade e outras de multa. Tal como sucede no regime aplicável às pessoas singulares, a pena única tem aqui como limite máximo a soma das penas concretamente aplicadas aos vários crimes, não podendo ultrapassar os 10 anos no caso de interdição temporária da actividade e os 900 dias tratando-se de pena de multa, e como limite mínimo a mais elevada das penas concretamente aplicadas aos vários crimes.

Fora das situações de concurso de crimes estabelecem-se também relações entre as duas penas (art.º 414 n.º 3). No sistema do Anteprojecto a pena de interdição temporária de actividade terá a duração mínima de 1 mês e máxima de 2 anos (art.º 416 n.º 2) e só será aplicada se a pena de multa não for aplicável no caso concreto (art.º 416 n.º 1 al. a), o que acontece nos crimes mais graves como o do art.º 428 n.º 1, ou se o tribunal considerar que as penas de admoestação ou de multa se revelam concretamente inadequadas à gravidade do crime ou à realização das finalidades de prevenção geral e especial (art.º 416 n.º 1 al. b). Se o tribunal optar pela aplicação da pena de multa e esta não tiver sido paga voluntária ou coercivamente, será decretada judicialmente a sua conversão na pena subsidiária de interdição temporária da actividade pelo tempo correspondente reduzido a dois terços e até ao limite máximo de 2 anos (art.º 415 n.º 2). A pessoa colectiva ou equiparada que foi alvo desta conversão pode a todo o tempo evitar a sua execução pagando, no todo ou em parte, a multa devida, conforme dispõe o art.º 415 n.º 3.

Da maior importância julgo ser o disposto no art.º 416 n.º 3 para a pena de interdição temporária da actividade, que é extensivo à pena de dissolução (art.º 417 n.º 2) e a um conjunto de penas substitutivas e acessórias válidas tanto para pessoas colectivas quanto para as pessoas

singulares (arts.420 n.º 7, 423 n.º 5, 424 n.º 3): a sua aplicação não pode constituir justa causa para o despedimento de trabalhadores nem fundamento para a suspensão ou redução do pagamento das respectivas remunerações. Trata-se de uma regra concretizadora da obrigação geral de atender ao impacto social das penas, a que aludi atrás, a qual, não sendo novidade, pois já se encontra prevista nos arts.17 n.º 3 e 18 n.º 2 do DL n.º 28/84, dedicados respectivamente ao encerramento temporário e definitivo de estabelecimento, não tinha conhecido até agora tão grande amplitude.

**4.3.3.** A finalizar, dedicarei breves palavras ao elenco das penas substitutivas e das penas acessórias enunciado no art.º 418 e ss. do Anteprojecto. Novidade digna de menção é a possibilidade de algumas das penas enumeradas nas alíneas do n.º 1 do art.º 418 funcionarem quer como penas acessórias quer como penas substitutivas da prisão, da interdição temporária da actividade e da multa. É o caso da interdição do exercício de certas práticas, actividades ou profissões (al.b), da privação do direito a receber subsídios ou benefícios outorgados por entidades ou serviços públicos (al.c), da proibição de participar em feiras ou mercados (al.d), do encerramento temporário (al.e) e do encerramento definitivo (al.f) de estabelecimento. O interesse e a utilidade político-criminal da ambivalência conferida a estas sanções está na ampliação do leque de soluções punitivas colocadas ao dispor do tribunal. Tal leque vale tanto para as pessoas singulares como, mais amplamente, para as pessoas colectivas. O n.º 2 do art.º 418 estabelece que a aplicação das ditas penas, a um ou a outro título, só terá lugar segundo o regime definido para cada uma a partir do art.º 419 e «quando o tribunal concluir que por meio delas são realizadas de forma adequada e suficiente as necessidades de punição e as finalidades de prevenção geral e especial do crime». Por aqui é rejeitada liminarmente qualquer automaticidade na aplicação destas sanções.

Para evitar confusões, a dupla qualidade das penas referidas é gerida do seguinte modo: até um certo limite de pena concreta de prisão ou de multa cada uma delas pode ser aplicada como pena substitutiva; a partir desse limite a sua aplicação apenas poderá ter lugar como pena acessória. Deste modo é afirmado o princípio de que as

penas substitutivas são aplicáveis em vez de penas principais de pequena gravidade, que no Anteprojecto oscilam entre prisão concreta até 1 ano (arts.420, 421 e 422) ou até 3 anos (art.º 424) e multa concreta até 180 dias (arts.420, 421 e 422) ou até 360 dias (art.º 424), e o princípio de que o recurso a penas acessórias só se justifica quando os crimes cometidos vencem penas concretas de prisão ou multa (ou de interdição temporária da actividade) acima desses valores. Por outras palavras, nem são aplicadas penas substitutivas a crimes de média e elevada gravidade, nem são aplicadas penas acessórias a crimes de pequena gravidade.

O cumprimento das injunções resultantes das penas referidas, quer tenham sido utilizadas como penas substitutivas quer como penas acessórias, é respaldado pela criação de dois grupos de crimes. Assim, o exercício de profissão, prática ou actividade interditas, bem como a participação em feiras e mercados interditos, serão punidos segundo a pena prevista para o crime de violação de proibição ou interdição do art.º 353 do CP. Já a transmissão do estabelecimento ou a cedência de direitos relacionados com o exercício da profissão ou da actividade em cujo âmbito foi praticado um crime do Anteprojecto, após a instauração do procedimento criminal, serão punidas com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias (arts.423 n.º 4 e 424 n.º 3). A este último crime podem ser aplicadas as penas do art.º 418 n.º 1 a título de pena substitutiva da prisão ou da multa.

# PUBLICIDADE COMPARATIVA E PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS

ALEXANDRE DIAS PEREIRA

Assistente da Faculdade de Direito  
Universidade de Coimbra

## **I. A publicidade comparativa como prática comercial das empresas face aos consumidores**

### **1. O novo regime comunitário da publicidade comparativa como prática comercial das empresas face aos consumidores**

A «directiva sobre práticas comerciais desleais»<sup>1</sup> alterou a Directiva 84/450/CEE<sup>2</sup> em diversos aspectos (art. 14.º). Um deles é o regime da

---

<sup>1</sup> Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («directiva relativa às práticas comerciais desleais»), Jornal Oficial n.º L 149 de 11/06/2005, 22-39. Sobre esta directiva ver José de Oliveira Ascensão, *Problemas actuais da concorrência desleal*, in *Congresso Empresas e Sociedades*, Homenagem da FDUC aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, nos vinte anos do Código da Sociedades Comerciais, 30 e 31 de Março de 2006 (em publicação).

<sup>2</sup> Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa.

publicidade comparativa introduzido pela Directiva 97/55/CE<sup>3</sup>, dando nova redacção ao art. 3.º-A da directiva sobre publicidade enganosa e comparativa (art. 14.º, 3).

De acordo com o novo regime, a utilização de comparações passa a ser autorizada quando a publicidade comparativa: não seja enganosa na acepção do n.º 2 do artigo 2.º, do artigo 3.º e do n.º 1 do artigo 7.º da directiva sobre publicidade enganosa e comparativa ou dos artigos 6.º e 7.º da directiva sobre práticas comerciais desleais (1); compare bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos objectivos (2); compare objectivamente uma ou mais características substanciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço (3); não desacredite ou denigre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, actividades ou situação de um concorrente (4); em caso de produtos com denominação de origem, se refira, em cada caso, a produtos com a mesma denominação (5); não retire partido indevido da notoriedade de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes (6); não apresente um bem ou serviço como uma imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida (7); não crie confusão entre os profissionais, entre o anunciante e um concorrente, ou entre uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo, bens ou serviços do anunciante e os de um concorrente (8).

Ora, o novo regime comunitário da publicidade comparativa, enquanto prática comercial das empresas face aos consumidores, continua a ancorar a licitude da utilização de comparações na proibição da publicidade enganosa. Todavia, os Estados-Membros já não podem estabelecer um regime mais restritivo por razões de protecção do consumidor, já que, nos termos do art. 7.º, 1, da directiva sobre publicidade enganosa e comparativa, com a redacção que lhe foi dada pela directiva

---

<sup>3</sup> Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997 (que altera a Directiva n.º 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa).

sobre práticas comerciais desleais (art. 14.º, 5), se ressalva a possibilidade de “manutenção ou adopção, pelos Estados-Membros, de disposições que assegurem uma protecção mais ampla dos profissionais e dos concorrentes em matéria de publicidade enganosa.”. Ou seja, os Estados-Membros podem manter ou adoptar medidas mais rigorosas de protecção dos profissionais e dos concorrentes, mas já não de protecção dos consumidores. Donde decorre que o regime da publicidade comparativa, enquanto prática comercial das empresas face aos consumidores, é plenamente regulado pelo direito comunitário.

A data de transposição da directiva sobre práticas comerciais desleais é 12 de Junho de 2007, com efeitos a partir de 12 de Dezembro desse mesmo ano. A transposição desta directiva é visada pelo Anteprojecto do Código do Consumidor<sup>4</sup>, o qual integra o direito publicitário, estabelecendo o regime da publicidade comparativa no art. 101.º, que se preenche por remissão para a norma relativa às acções enganosas que inclui a publicidade enganosa (art. 132.º).

---

<sup>4</sup> Nas palavras do Presidente da Comissão do Código do Consumidor, na *Apresentação* do Anteprojecto: “Aproveita-se a oportunidade para transpor a Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, relativa à comercialização a distância de *serviços financeiros* prestados a consumidores, assim como a Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às *práticas comerciais desleais* das empresas face aos consumidores no mercado interno. Tarefa que não foi fácil, particularmente neste segundo caso, perante uma directiva de harmonização plena que condiciona fortemente o trabalho de transposição e que pode deixar algo perplexo quem mais se preocupa com o rigor jurídico e a precisão que um texto normativo deve sempre ter.” (António Pinto Monteiro, *Código do Consumidor – Anteprojecto*, Instituto do Consumidor, Lisboa, 2006, 7-8). O regime das práticas comerciais desleais da directiva 2005/29/CE está previsto especificamente na subsecção II do capítulo IV do título II. A propósito deste Anteprojecto, apenas uma palavra para saudar a sua elaboração. Trata-se, na generalidade, de um marco da ciência jurídica portuguesa que permitirá, desde logo, suprir insuficiências da actual legislação do consumo resultantes nomeadamente da sua dispersão algo “caótica”.



## 2. A utilização publicitária de comparações no Código da Publicidade e na Directiva 97/55/CE

Por enquanto, a publicidade comparativa está regulada, entre nós, no art. 16.º do Código da Publicidade.<sup>5</sup> A publicidade comparativa é aí definida como a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente (1), sendo consentida, independentemente do suporte utilizado para a sua difusão, no que respeita à comparação, na medida em que respeite um conjunto de condições de aplicação cumulativa (2), a saber: não deverá ser enganosa, nos termos do artigo 11.º (a); deverá comparar bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos objectivos (b); deverá comparar objectivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens ou serviços, entre as quais se pode incluir o preço (c); não deverá gerar confusão no mercado entre o anunciante e um concorrente ou entre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante ou de um concorrente (d); não deverá desacreditar ou depreciar marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, actividades ou situação de um concorrente (e); deverá referir-se, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação (f); não deverá retirar partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes (g); não deverá apresentar um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida (h); deverá, de forma clara e inequívoca, conter a indicação do seu termo ou, se for o caso, que essa oferta especial depende da disponibilidade dos produtos ou serviços, sempre que a comparação faça referência a uma oferta

---

<sup>5</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, segundo a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 275/98, de 9 de Setembro, que *inter alia* transpõe a directiva sobre publicidade comparativa. Para desenvolvimentos sobre o direito da publicidade, incluindo a problemática da publicidade comparativa, ver Paulo Mota Pinto, *Direito da Publicidade*, polic., Coimbra 1999.

específica, devendo também indicar a data de início do período durante o qual é aplicável o preço especial ou qualquer outra condição específica quando tal oferta ainda não se tenha iniciado (i). Finalmente, dispõe-se ainda que o ónus da prova da veracidade da publicidade comparativa recai sobre o anunciante (5).<sup>6</sup>

Este regime decorre da transposição da Directiva 97/55/CE. Com efeito, esta directiva veio estabelecer, a nível comunitário, as condições em que a publicidade comparativa é considerada lícita, inserindo um novo preceito, o art. 3.º-A, na directiva sobre publicidade enganosa e comparativa, segundo o novo título. Para o efeito, a publicidade comparativa é definida como a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente. Trata-se de uma medida considerada necessária à realização do mercado interno, tendo em conta o aumento exponencial da variedade da oferta e a importância da publicidade enquanto meio muito importante para os consumidores em ordem a criar em toda a Comunidade oportunidades reais de mercado para todos os bens e serviços. Nesse sentido, considera-se que a harmonização do regime da publicidade comparativa contribuirá para demonstrar objectivamente as vantagens dos diferentes produtos comparáveis, podendo servir de estímulo à concorrência entre fornecedores de bens e serviços no interesse dos consumidores (cons. 2). Depois, umas das preocupações do regime instituído é evitar que, nomeadamente, as empresas sejam expostas a formas de publicidade desenvolvidas por concorrentes os quais não estão em posição de poder responder em pé de igualdade, assegurando-se, por outro lado, a liberdade de prestação de serviços em

---

<sup>6</sup> Satisfazendo as referidas condições, a publicidade comparativa não constituirá concorrência desleal nos termos do art. 317.º do Código da Propriedade Industrial (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março), que prevê como exemplos de actos de concorrência desleal, *inter alia*, os actos susceptíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue (a), as falsas afirmações feitas no exercício de uma actividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes (b), e as invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios (c).

matéria de publicidade comparativa (cons. 3). A harmonização da licitude da publicidade comparativa tinha sido ressalvada na directiva sobre publicidade enganosa<sup>7</sup>, correspondendo a uma orientação comunitária no sentido de promover o direito à informação como um dos direitos fundamentais do consumidor.<sup>8</sup>

Com efeito, entende-se que a publicidade comparativa, quando compara características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas e não é enganosa, pode constituir um meio legítimo de informar os consumidores dos seus interesses. Nesse sentido, considera-se desejável prever uma definição ampla de publicidade comparativa que cubra todos os tipos de publicidade comparativa (cons. 4, 5). Ao mesmo tempo, porém, procura-se impedir que a publicidade comparativa seja usada de uma forma anti-concorrencial e desleal, autorizando-se apenas comparações entre bens e serviços de natureza idêntica e ressaltando a aplicabilidade das convenções internacionais sobre o direito de autor e as disposições nacionais sobre responsabilidade contratual e não contratual quando, na publicidade comparativa, se referem ou reproduzem os resultados de testes comparativos levados a cabo por terceiros (cons. 9, 10).

Por outro lado, em ordem a assegurar o efeito útil da publicidade comparativa, entende-se que é indispensável identificar os produtos ou serviços de um concorrente, através de referências à sua designação comercial ou a uma marca de que seja titular, não infringindo a utilização da marca, da designação comercial ou de qualquer outra marca distintiva

---

<sup>7</sup> Ver M. Nogueira Serens, *A proibição da publicidade enganosa: defesa dos consumidores ou protecção (de alguns) dos concorrentes?*, Coimbra, 1994, Separata do Boletim de Ciências Económicas – Vol. XXXVII (Comunicação apresentada no Congresso Internacional sobre *Comunicação e Defesa do Consumidor* promovido pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Novembro de 1993).

<sup>8</sup> Resolução do Conselho, de 14 de Abril de 1975, relativa a um programa preliminar da Comunidade Económica Europeia para uma política de protecção e informação do consumidor, alínea d) do ponto 3 do anexo d; Resolução do Conselho, de 19 de Maio de 1981, relativa a um segundo programa da Comunidade Económica Europeia para uma política de protecção e informação do consumidor, anexo, ponto 40.

de outrem o direito exclusivo do titular, na medida em que cumpra as condições estabelecidas na directiva, já que o objectivo consiste unicamente em acentuar objectivamente as respectivas diferenças (cons. 14, 15). Um outro aspecto a destacar é o facto de que a licitude da publicidade comparativa pressupõe a licitude da publicidade a produtos ou serviços (cons. 21, 22) e, finalmente, que a directiva consagra uma harmonização completa do regime da publicidade comparativa, não permitindo aos Estados-membros manterem ou adoptarem disposições para assegurar uma protecção mais ampla dos consumidores, das pessoas que exercem uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal e do público em geral (cons. 18).<sup>9</sup> A esta solução precedeu um processo legislativo demorado e complexo.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Todavia, esta harmonização completa era falaciosa, já que a licitude das comparações publicitárias dependia da natureza não enganosa da publicidade, o que cada Estado-Membro poderia definir em termos mais rigorosos do que os mínimos comunitários. Não obstante, no Acórdão do Tribunal de 8 de Abril de 2003, proferido no Processo C-44/01 (*Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG contra Hartlauer Handelsgesellschaft mbH e Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer*, Colectânea da Jurisprudência 2003, I-03095), em pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Oberster Gerichtshof* (Áustria), o TJCE determinou que “o artigo 7.º, n.º 2, da Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa, na redacção dada pela Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997, opõe-se à aplicação à publicidade comparativa de disposições nacionais mais rigorosas em matéria de protecção contra a publicidade enganosa no que diz respeito à forma e ao conteúdo da comparação, não cabendo distinguir os diferentes elementos da comparação, ou seja, as indicações relativas à oferta do anunciante, as indicações relativas à oferta do concorrente e a relação entre essas ofertas.”

<sup>10</sup> Nesta análise histórica seguiremos, de perto, o estudo sobre publicidade comparativa, que realizámos no âmbito das actividades de investigação do IJC entre 1992 e 1993. Para mais indicações sobre este interessante tema ver, por ex., W. Kilian, *Vergleichende Werbung in Deutschland (Auswirkung der geplanten Richtlinie der EU)*, Aachen: Shaker, 1995, Adelaide Menezes Leitão, *Publicidade comparativa e concorrência desleal* (www.apdi.pt).

### 3. A história da publicidade comparativa em Portugal

Até ao final da década de 70 a utilização de comparações na publicidade não foi, entre nós, objecto de tratamento legislativo especial.

Perante este “vácuo” legal levantava-se a questão de saber se não seria a publicidade comparativa um acto constitutivo de concorrência desleal proibido pelo então art. 212.º do Código da Propriedade Industrial. As opiniões dividiam-se. Enquanto uns respondiam pela afirmativa<sup>11</sup>, outros admitiam a sua licitude se objectiva e dirigida a uma finalidade de esclarecimento<sup>12</sup>, ou na medida em que não contivesse falsas afirmações.<sup>13</sup>

Com o art. 18.º do Decreto-Lei n.º 421/80, de 30 de Setembro, diploma que, como se pode ler no respectivo preâmbulo, veio “colmatar uma grave lacuna do nosso ordenamento jurídico”, “é autorizada a publicidade comparativa”. Porém, o legislador faz depender a sua licitude da verificação de dois requisitos positivos e de quatro requisitos negativos. No que respeita aos primeiros (requisitos positivos), a comparação publicitária deverá: 1.º ser rigorosamente objectiva; 2.º ter por escopo principal o esclarecimento ou defesa do consumidor. No que respeita aos segundos (requisitos negativos), a comparação publicitária não poderá: 1.º induzir em engano quanto ao valor do produto, mediante comparações exageradas ou irrealistas com outros produtos ou serviços; 2.º estabelecer confusão entre produtos e marcas concorrentes; 3.º dar lugar a concorrência desleal ou denegrimento do produto comparado; 4.º utilizar produtos com níveis e custos diferentes ou de épocas distintas.

Este regime foi alterado com o art. 18.º do Decreto-Lei n.º 303/83, de 28 de Junho. São eliminados da letra da lei os dois anteriores requisitos positivos. Nos termos do novo texto, “a publicidade que se socorra de comparações, explícitas ou implícitas, deverá abster-se de:

<sup>11</sup> J. Cruz, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2.ª ed., 1985, p. 381.

<sup>12</sup> Moitinho de Almeida, *Publicidade Enganosa*, 1974, p. 69, *apud* Ferreira de Almeida, *Os Direitos dos Consumidores*, Coimbra, 1982, p. 81.

<sup>13</sup> J. Calvão da Silva, *La publicité et le consommateur*, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris, 1981, p. 205 e nota 28.

a) induzir o consumidor em erro quanto à qualidade e preço do bem publicitado; b) utilizar expressões ou imagens denegridoras dos produtos comparados; c) fazer uso de mensagens cujo uso, não sendo susceptível de comprovação” a todo o momento perante as instâncias competentes, “possa influenciar, pelo seu tom hiperbólico ou superlativo, a escolha do público; d) estabelecer confusão entre marcas, produtos, serviços ou entidades concorrentes; e) incorrer, de um modo geral, em práticas de concorrência desleal.”

Será interessante notar que em ambos os textos o legislador teve a preocupação de expressamente enunciar como requisitos negativos da comparação publicitária certos actos tipificados de concorrência desleal expressamente proibidos: a comparação publicitária que, em concreto, crie confusão com concorrentes ou que os denigre, não bastando, porém, que seja susceptível de criar tal confusão ou o seu fim o denegrimento do concorrente. Depois, curiosamente, não menciona de forma expressa a citação do sinal distintivo do “concorrente-alvo” da comparação, antes remetendo para o conceito geral de concorrência desleal. Ora, parece ter querido o legislador “autorizar” a citação de sinal distintivo do concorrente, sem a respectiva autorização, na publicidade comparativa, encarregando o intérprete de determinar, no caso concreto, se tal utilização constitui ou não um acto de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo da actividade económica. O que implicaria por parte do juiz uma maior ponderação na aplicação do então n.º 3 do art. 212.º CPI: apesar de o agente ter pretendido beneficiar do crédito ou da reputação do “concorrente”, teria o intérprete que atender a outras circunstâncias do caso concreto, designadamente as vantagens de esclarecimento dos consumidores que, de algum modo, “compensassem” ou “justificassem”, excluindo a ilicitude de tal “publicidade parasitária”.

Na sua versão original, o art. 16.º do Decreto-Lei n.º 330/90 de 23 de Outubro, actual Código da Publicidade, alterou o regime do conteúdo publicitário comparativo. Limitou-se a dispor que as comparações devem apoiar-se em características essenciais, afins e objectivamente demonstráveis dos bens ou serviços, não permitindo que estes sejam contrapostos com outros não similares ou desconhecidos. A referência à possibilidade de a publicidade comparativa constituir um

acto de concorrência desleal foi omitida. Ora, esta “omissão” levantava o problema de saber se o legislador tinha consagrado um regime mais restritivo que o anterior, designadamente no que respeita à citação de sinal distintivo de um concorrente na comparação publicitária. Trata-se, portanto, de um problema de interpretação, de determinação do sentido e alcance desta norma. O Código da Publicidade contemplava então a harmonização com a legislação comunitária, designadamente com a Directiva n.º 84/450/CEE de 10 de Setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade enganosa.

A harmonização das disposições legais em matéria de “publicidade desleal bem como, em caso de necessidade, da publicidade comparativa”, como se pode ler no *considerando* 6 desta Directiva, foi deixada para uma segunda fase. Porém, como dispõe o art. 7.º, “a presente Directiva não obsta à manutenção ou à adopção pelos Estados-membros de disposições que visem assegurar uma protecção mais ampla dos consumidores, das pessoas que exercem uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, assim como do público em geral”. Era o caso da publicidade comparativa.<sup>14</sup> Isto significa que o nosso legislador ao regular a publicidade comparativa procurou assegurar uma protecção mais ampla, entre outros, aos consumidores.

Restava saber se a “protecção mais ampla” se traduzia num regime mais restritivo ou, se pelo contrário, num regime mais “generoso” na utilização de comparações na publicidade. Em nosso entender, o regime do art. 16.º do Código da Publicidade tinha seguido a segunda via, como resulta da interpretação mais razoável, em nosso entender, da “omissão” atrás referida. Com efeito, o art. 16.º devia ser interpretado no sentido segundo o qual o legislador teria considerado que a publicidade comparativa só constituiria concorrência desleal quando efectivamente, no caso concreto, se provasse que se tratava de um acto que criara confusão com um “concorrente”, ou que o desacreditara gratuitamente, ou que se tratava de um acto cujo escopo principal era

---

<sup>14</sup> A. Frignani, *Riflessioni in ordine ai progetti di legge sulla disciplina della pubblicità*, Rivista di Diritto Industriale, 36 (1987), Parte I, pp. 103 ss.

beneficiar do crédito ou da reputação daquele. Donde resultava que a comparação publicitária directa não seria por si só, em abstracto, um acto contrário às normas e usos honestos de qualquer actividade económica. Os requisitos de licitude previstos no art. 16.º não tutelavam directamente, em primeira linha, os interesses da “leal concorrência”, mas antes aqueles dos consumidores. E daí que a sua violação se traduzisse, não no desrespeito pelas normas e usos honestos do meio profissional, mas antes dos direitos dos consumidores.

#### 4. A história da publicidade comparativa no direito comparado

Uma breve excursão pelo direito comparado (Alemanha, Itália e França) fornecia fundamentos para tal interpretação.

##### a) A sentença *Betonzusatmittel* do BGH

Para começar, o critério interpretativo do §1 UWG, estabelecido pelo BGH na sentença de 14 de Julho de 1961 («*Betonzusatmittel*»), permitiu à jurisprudência alemã afirmar como não contrária à cláusula geral dos «*guten Sitten*», a comparação publicitária de preços e de produtos de concorrentes reconhecíveis, bem como o confronto directo de produtos concorrentes quando e na medida em que tenha sido pedido espontaneamente pelo cliente.

Assim, existindo razões sérias para realizar a comparação – o interesse dos consumidores no esclarecimento da oferta («*Aufklärungsinteresse*») – e mantendo-se esta nos limites do necessário, a «*vergleichende Werbung*» seria lícita, para além dos grupos de casos já antes admitidos: a “comparação-defesa” («*Abwehrvergleich*»), a “comparação-de-sistemas” («*Systemvergleich*») e a “comparação-progressos” («*Fortschrittvergleich*»). Por outro lado, a «*Testwerbung*» ou publicidade que utilizasse testes comparativos («*Warentests*»), seria admitida, desde logo, se o único produto reconhecível fosse aquele que é publicitado, não se tendo pronunciado o BGH sobre a possibilidade de a «*Testwerbung*» identificar expressamente o concorrente comparado ou de este ser geralmente reconhecível. Depois, a responsabilidade



pela utilização de testes comparativos com dados erróneos era configurada como uma espécie de responsabilização objectiva daquele que utiliza tais dados na sua publicidade.

De notar que tal critério jurisprudencial interpretativo resultava do facto de tanto a doutrina como a jurisprudência terem progressivamente abandonado a velha imagem do UWG como puro mecanismo regulador dos conflitos entre empresários concorrentes, passando a valorizar os aspectos de “*Sozialrecht*”. Tal deveu-se à constatação da complexidade do fenómeno concorrencial, que incide não apenas sobre os interesses dos empresários do meio profissional, mas também sobre os interesses de outros operadores do mercado e, em particular, sobre os consumidores. Porém, a licitude da “comparação-informação”, designadamente da comparação directa que identifique expressamente o sinal distintivo do “concorrente” comparado, continuava a deparar, como vimos, com os princípios constitutivos do critério interpretativo jurisprudencial, tal como ele se configurava antes da “*Betonzusatzmittel*”: 1.º a falta de objectividade da mensagem susceptível de ser “*Richter in eigener Sache*”; 2.º a sua tendencial idoneidade para confundir o público; 3.º a pretensão legítima dos concorrentes em não servir de instrumento da publicidade de outros. Em suma, o chamado “*Informationsinteressen der Verbraucher*” não justificaria, para a jurisprudência alemã, a licitude da comparação directa ou nominativa, excepto nos casos em que o confronto é solicitado pelo cliente.<sup>15</sup>

#### b) O Código da Actividade Publicitária italiano

No que ao direito italiano diz respeito, o art. 15.º C.A.P. dispunha textualmente que “la comparazione indiretta non è consentita se non quando sia intesa ad illustrare sotto l’aspetto tecnico ed economico le caratteristiche e i vantaggi reali dell’attività e del prodotto pubblicizzato”.

---

<sup>15</sup> G. Cuonzo / K.-J. Schaltenberg, *Disciplina Concorrenziale e Autodisciplina della Pubblicità in Germania Occidentale*, *Rivista di Diritto Industriale* 36 (1987), Parte I, pp. 39 ss; Gerhard Schrickler, *Die Wettbewerbsliche Verteilung der verglichenen Werbung in Deutschland*, in *Problemi Attuali del Diritto Industriale*, Milano, 1977, pp. 1037 ss; K. Sedelmeyer, *Vergleichende Werbung auch in Deutschland?*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Jahr. 24, Heft 10 (1991), pp. 370 ss.

Segundo a interpretação da jurisprudência italiana, que conferira gradualmente mais atenção aos interesses dos consumidores no esclarecimento das condições de oferta no mercado, este preceito significava que, por um lado, *a contrariis*, a proibição da comparação directa através do “confronto nominativo” (a comparação directa ou nominativa era antes expressamente proibida por força do art. 21 do C.L.P.)<sup>16</sup>; por outro lado, a permissão da comparação indirecta nos limites do estritamente necessário para informar os consumidores sobre as vantagens reais que o produto publicitado oferece relativamente ao produto concorrente comparado, e desde que não “ridicularizasse” este último. Neste último caso tratar-se-ia de um denegrimento publicitário, proibido pelo art. 14 («*denigrazione*») do C.A.P., e susceptível de constituir concorrência desleal, nos termos do art. 2598, n.º 2 do *Codice Civile*. Ainda neste país estava projectada a adopção de uma norma, no sentido de autorizar expressamente a comparação directa, com a seguinte redacção: “la pubblicità che raffronti aspetti di beni o di servizi oggettivamente verificabili e rilevanti ai fini della scelta dei consumatori, è ammessa purché non sia ingannevole e sleale”. Era uma medida inovadora que parte da concepção da publicidade comparativa como um instrumento de informação-protecção dos consumidores e de estímulo da livre concorrência. Tratava-se, em suma, de uma norma “di autorizzazione della pubblicità comparativa *tout court* e quindi necessariamente anche di quella che viene realizzata mediante un confronto nominativo fra prodotti e/o servizi concorrenti.”<sup>17</sup>

c) Da decisão de 22/7/1986 da *Cour de cassation* à lei francesa da publicidade comparativa

Em França, a *Cour de cassation* quebrou, com a decisão de 22 de Julho de 1986<sup>18</sup>, o entendimento tradicional segundo o qual a publicidade

<sup>16</sup> M. Fusi, *Il Nuovo Codice di Lealtà Pubblicitaria nella Giurisprudenza del Giurì*, Milano, 1971, pp. 83-84.

<sup>17</sup> G. Florida, *Legge e Autodisciplina Pubblicitaria in Italia: prospettive dopo la direttiva CEE*, *Rivista di Diritto Industriale*, 36 (1987), Parte I, p. 135.

<sup>18</sup> Para uma apreciação crítica desta “brecha” jurisprudencial vide G. Cas, *Recueil Dalloz Sirey*, 1986, *Jurisp.*, p. 436.

comparativa seria um acto constitutivo de concorrência desleal prevista pelo art. 1382.º do *code civil*, para além de poder constituir um crime de utilização da marca sem autorização do respectivo titular punido pelo art. 424.º do *code pénal*. Nas palavras daquele tribunal, « n'est pas illicite une publicité qui se borne à la comparaison des prix auxquels des produits identiques sont vendus, dans les mêmes conditions, par des commerçants différents, contribuant ainsi à assurer la transparence d'un marché soumis à la concurrence. »<sup>19</sup>

Antes desta «decisão histórica», era tida como ilícita toda a comparação publicitária de concorrentes reconhecíveis (não autorizada por estes), ou que constituísse um «*dénigrement collectif*». Apenas a «comparação-de-sistemas», «a comparação-de-progressos», a «comparação-defesa», as documentações informativas internas das empresas, não levadas ao conhecimento de terceiros, as meras referências à semelhança de preços e à desconformidade com os regulamentos do material utilizado por concorrentes, eram tidas como não constitutivas de concorrência desleal.<sup>20</sup> Porém, era sentido o desconforto resultante do recurso pelos tribunais ao conceito de «*usages professionnels*» para proibir a publicidade comparativa, como forma de concorrência desleal. A referência aos usos do meio profissional seria uma referência a abusos, na medida em que certas práticas comerciais seriam cultivadas em detrimento dos consumidores e da colectividade.<sup>21</sup>

Posteriormente, o art. 10 da *loi n. 92-60 du 18 janvier 1992*, reforçando a protecção dos consumidores, “revolucionaria” esta matéria.<sup>22</sup> Assim, resumidamente: 1.º é autorizada, em princípio, a publicidade comparativa de bens ou serviços que identifique expressamente o

<sup>19</sup> *Lamy droit économique: «Publicité»*, 1991, n.º 3425, p. 786.

<sup>20</sup> Cfr. P. Greffe / F. Greffe, *La publicité et la loi*, 7.ª ed., 1990, pp. 212 ss; V. Chantérac / R. Fabre, *Droit de la publicité et de la promotion des ventes*, 1986, p. 128 ss; J.-J. Biolay, *Promotion des ventes et droit de la publicité*, Paris, 1991, pp. 137 ss; R. Fourés, *Le droit et la publicité*, 1.ª ed., pp. 36 ss.

<sup>21</sup> G. Schricker, *La répression de la concurrence déloyale dans les États membres de la C.E.E.*, 1970, p. 170, *apud* A. Pirovano, *Publicité comparative et protection des consommateurs*, Recueil Dalloz Sirey 1974, Chr., XLIX, pp. 279 ss.

<sup>22</sup> Ver *La semaine juridique*, n. 5, 1992, III, 65332, p. 100 ss.

“alvo da comparação” através da citação do seu sinal distintivo; 2.º porém, para ser lícita, a comparação publicitária deve ser leal e verídica e não ser de natureza a induzir em erro o consumidor (engañosa). Portanto, a comparação publicitária não deve constituir um acto de “denegrimiento” ou de “parasitismo concorrencial”, designadamente “aucune comparaison ne peut avoir pour *objet principal* de tirer avantage de la notoriété attachée à une marque” nem “présenter des produits ou des services comme l’imitation ou la réplique de produits ou des services revêtus d’une marque préalablement déposée”; 3.º a publicidade deve ainda limitar-se a uma comparação objectiva que recaia sobre características essenciais, relevantes, afins e verificáveis de bens ou serviços da mesma natureza e disponíveis sobre o mercado. Porém, “la publicité comparative ne peut pas s’appuyer sur des *opinions ou des appréciations individuelles ou collectives*”; 4.º se a comparação recair sobre os preços, no seguimento da prévia decisão da *Cour de cassation*, ela deve respeitar a produtos idênticos vendidos nas mesmas condições e indicar o período durante o qual são mantidos os preços como seus pelo anunciante; 5.º depois, a comparação de produtos que gozem de uma denominação de origem controlada só é permitida se os produtos em confronto gozarem da mesma denominação; 6.º a publicidade comparativa é sempre interdita em embalagens, facturas, bilhetes de transporte, meios de pagamento ou bilhetes de acesso a espectáculos ou a locais abertos ao público; 7.º por último, recai sobre o anunciante o ónus da prova da verdade das suas afirmações, devendo também *comunicar* sempre aos “concorrentes-alvo” da comparação, antes da difusão da publicidade, o anúncio comparativo, não gozando aqueles do direito de *resposta* pela comunicação audiovisual ou pela imprensa escrita.<sup>23</sup>

O *Conseil constitutionnel* deste país, chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade desta norma em face do direito de propriedade, considerou, na decisão n.º 91-303 DC, 15-1-92, «dans ces

---

<sup>23</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a lei francesa, vide Yolande Serandour, *L'avènement de la publicité comparative en France (Article 10 de la loi n. 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs)*, *La Semaine Juridique*, n. 27, 1992, I., 3596, pp. 295 ss.

conditions, que le fait pour le législateur d'autoriser la citation de la marque d'autrui dans le cadre de la publicité comparative ne porte pas au droit de propriété une atteinte qui serait contraire à la Constitution ».<sup>24</sup> Esta decisão encontra os seus fundamentos na compreensão da evolução do direito de propriedade, caracterizada por limitações ao seu exercício em nome do interesse geral: a lealdade nas transacções e a defesa dos interesses dos consumidores no domínio da comercialização dos bens e dos serviços. Neste sentido, teria sido intenção do legislador, ao introduzir a publicidade comparativa, melhorar a informação dos consumidores e estimular a concorrência, no respeito pelas regras aí definidas.

### **5. A publicidade comparativa como instrumento de transparência do mercado interno**

Desta excursão pelo direito comparado podiam extrair-se duas conclusões. Por um lado, a crescente admissibilidade da licitude da publicidade comparativa resultava da necessidade de tutelar os interesses dos consumidores e da livre concorrência, através de uma melhor informação sobre as condições da oferta. Por outro lado, os conceitos tradicionais de propriedade e de concorrência desleal sofreram, consequentemente, neste domínio, uma certa relativização aos interesses dos consumidores e da livre concorrência, no sentido da licitude do conteúdo publicitário comparativo. A este propósito cumpre ainda referir duas notas históricas ao nível do direito comunitário.

#### a) O caso 362/88, GB-INNO-BM v. CCL

Para começar, com a decisão de 7 de Março de 1990 relativa ao caso 362/88, GB-INNO-BM v. CCL<sup>25</sup> o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, considerando, *inter alia*, que “under Community law

<sup>24</sup> *La Semaine Juridique*, cit., pp. 102-103.

<sup>25</sup> C.J.E.C. 7 March 1990, case 362/88, GB-INNO-BM v. CCL, Common Market Law Review, 1991, 812.

concerning consumer protection the *provision of information* to the consumer is considered one of the principal requirements”, pronunciou-se no sentido de que “under Articles 30 and 36 EEC, properly interpreted, advertising lawfully distributed in another member-State cannot be made subject to national legislation prohibiting the inclusion, in advertisements relating to a special purchase offer, of a statement showing the duration of the offer or the previous price”. Ou seja, ao negar aos consumidores o acesso à informação sobre os preços praticados antes e depois da redução pelo oferente, o Regulamento do Grão-Ducado do Luxemburgo sobre concorrência desleal, proibindo esta forma de comparação publicitária, seria contrário às regras comunitárias da livre circulação de mercadorias. Seria legítimo concluir que o Tribunal de Justiça das Comunidades se pronunciara pela licitude da publicidade comparativa no interesse da informação dos consumidores.

b) A proposta de Directiva sobre publicidade comparativa

A Comissão apresentou, em 28 de Maio de 1991, uma proposta de Directiva do Conselho relativa à publicidade comparativa, no sentido de modificar a Directiva 84/450/CEE sobre a publicidade enganosa. Esta proposta visava a harmonização completa do regime da publicidade comparativa, autorizando-a nas mesmas condições e a um nível elevado de protecção dos consumidores em todos os Estados-membros (*vide* art. 7.º, n.º 2, e *considerando* 14). Parte-se do princípio de que a publicidade comparativa, em certas condições, é um instrumento de estímulo da concorrência e de informação-protecção dos consumidores no Mercado Interno. Assim, é permitida a publicidade comparativa que compare objectivamente características essenciais, afins, verificáveis e lealmente escolhidas de bens ou serviços concorrentes, e desde que: não seja enganosa; não gere a confusão no mercado entre o anunciante e um concorrente, ou respectivos sinais distintivos, bens ou serviços; não cause o descrédito, o denegrimiento ou o desprezo de um concorrente ou dos seus sinais distintivos, bens serviços ou actividades; não tenha por *objectivo principal* tirar partido da notoriedade ligada a uma marca ou ao nome comercial de um concorrente. Como se pode ler nos *considerandos* 11 e 12 da referida proposta de directiva, entendeu-se

que para se fazer uma publicidade comparativa efectiva pode ser indispensável identificar os produtos ou serviços de um concorrente fazendo referência a uma marca de que este último é titular ou ao seu nome comercial. E que, uma tal utilização da marca ou nome comercial de outrem, se feita no respeito pelas condições acima referidas, e, em especial, se não tiver por finalidade (principal) tirar partido da notoriedade de uma outra marca, não viola o direito exclusivo do outro<sup>26</sup>, pois neste caso não visa equiparar-se à outra marca, mas a distanciar-se desta, colocando objectivamente em relevo as diferenças.

Por outro lado, a proposta visava também autorizar a utilização publicitária de resultados comparativos de bens ou serviços, efectuados por terceiros, se estes tiverem consentido expressamente a sua utilização. Considerando que os testes comparativos podem constituir uma base válida para a publicidade comparativa (*vide considerando 9*), entendia-se, porém, que o anunciante assume a responsabilidade pelo teste comparativo como se tivesse sido efectuado por ele próprio ou sob a sua direcção, mesmo se a sua utilização tivesse sido autorizada pela entidade que o efectuou. A directiva sobre publicidade comparativa seria adoptada em 1997<sup>27</sup>.

## **6. A publicidade comparativa entre a protecção do consumidor e a concorrência desleal**

Ora, regressando ao então art. 16.º do nosso Código da Publicidade, importava considerar o seu enquadramento sistemático, destacando-se, desde logo, no plano constitucional, a consagração do direito dos consumidores à protecção-informação como direito constitucionalmente garantido, a protecção do consumidor como incumbência prioritária do Estado e como objectivo da política comercial, juntamente com a

---

<sup>26</sup> Ver Primeira Directiva 89/104/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988 (art. 5.º).

<sup>27</sup> Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997 (que altera a Directiva n.º 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa).

concorrência salutar dos agentes mercantis (arts. 60.º da C.R.P., e o art. 81.º, al. j) da C.R.P., art. 102.º, al. a) e b) da C.R.P). Depois, densificando o direito constitucional dos consumidores à protecção-informação seria adoptada uma série de legislação avulsa, destacando-se a Lei de Defesa do Consumidor<sup>28</sup> e o próprio Código da Publicidade, consagrando a subordinação da publicidade ao princípio do respeito pelos direitos do consumidor. Além disso, densificando o objectivo da concorrência salutar dos agentes mercantis, apontava-se a Lei de Defesa da Concorrência.<sup>29</sup>

Ora, sendo a publicidade comparativa, dentro de certas condições, um instrumento privilegiado de informação-protecção dos direitos dos consumidores e de estímulo da livre concorrência, afigurava-se-nos como uma exigência constitucional a possibilidade da licitude, em certos termos, da comparação directa de concorrentes. Pelo que, face ao art. 16.º do Código da Publicidade na sua versão original parecia-nos lícita a comparação publicitária apoiada em características essenciais, afins e objectivamente demonstráveis dos bens ou dos serviços e que não os contrapusesse com outros não similares ou desconhecidos, não sendo constitutiva de concorrência desleal na medida em que não criasse a confusão com, ou denegrisse ou depreciasse gratuitamente, o estabelecimento, os produtos, os serviços ou a reputação dos “concorrentes-alvo” da comparação, e na medida em que não tivesse por fim principal beneficiar do crédito ou reputação do nome, do estabelecimento ou da marca do “concorrente-alvo” da comparação. O requisito “não os contraponha com outros não similares ou desconhecidos”, embora não estivesse presente nas soluções de direito comparado analisadas, nem na proposta de directiva, fundava-se, a nosso ver, na própria ideia que permitiria afirmar a licitude da publicidade comparativa, a saber a protecção-informação dos consumidores, pois que se se permitisse o confronto com produtos similares mas com uma participação muito reduzida ou insignificante no mercado, estar-se-ia a desvirtuar o sentido

---

<sup>28</sup> Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto, entretanto revogada pela Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.

<sup>29</sup> Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, entretanto revogado pelo Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro.



da própria licitude da publicidade comparativa, na medida em que os consumidores seriam de todo privados da possibilidade de proceder a uma avaliação objectiva das diferenças por desconhecimento do produto ou serviço comparado.

Assim, dentro destes limites parecia-nos lícita a comparação publicitária directa ou nominativa. De resto, a protecção-informação dos consumidores requer, *inter alia*, “a afirmação da lealdade, é dizer, da licitude, sem restrições de qualquer espécie, do reclame comparativo, baseado em factos verdadeiros – *maxime*, o que utilizasse os dados de experimentações e controlos dos produtos (os chamados “*Warentests*”) –, que, sem dúvida, contribuiria para uma maior transparência e, nessa medida, possibilitaria aos consumidores escolhas mais racionais”.<sup>30</sup>

Em suma, era com base nesta compreensão que deveria ser abordado o problema do alcance e sentido da (i)licitude da publicidade comparativa. Teria assim o intérprete que seguir uma espécie de *soft approach* para determinar se, no caso concreto, a comparação publicitária constituiria concorrência desleal. Em especial, deveria o intérprete ter sempre presente que na interpretação da cláusula geral da concorrência, no domínio da publicidade comparativa, estavam em jogo interesses de natureza pública (a protecção do consumidor e a livre concorrência) “excluindo a ilicitude” ou “justificando a licitude” de práticas que, *prima facie*, noutras situações, seriam constitutivas de concorrência desleal, sendo esse o sentido da “omissão” do então regime da publicidade comparativa à disciplina da concorrência desleal.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> M. Nogueira Serens, *Publicidade e Concorrência*, Coimbra 1991, p. 58.

<sup>31</sup> Como “pano de fundo” desta temática encontra-se o problema da determinação do âmbito da tutela jurídica das marcas. Sucintamente, entendendo-se que o direito de exclusivo (o direito de propriedade sobre a marca) incide tão só sobre a “função indicadora de origem ou de proveniência dos produtos”, deixando-se à disciplina da lealdade dos actos de concorrência a *protecção lateral* da “função de garantia de qualidade” e da “função publicitária ou sugestiva” das marcas; então ter-se-ia de reconhecer que essa disciplina aproveita, em primeira linha (senão mesmo apenas), às marcas célebres e de grande prestígio. Ver Nogueira Serens, *A proibição da publicidade enganosa: defesa dos consumidores ou protecção (de alguns) dos concorrentes?*, cit.

Em suma, em abstracto, por princípio, a publicidade comparativa não seria susceptível de constituir concorrência desleal, embora em concreto, atendendo a todas as circunstâncias do caso, tal hipótese pudesse não ser excluída, quando se verificasse que os interesses de informação dos consumidores e de transparência do mercado não foram prosseguidos, e que a comparação publicitária apenas gerou a confusão com o, ou o denegrimiento do, “concorrente-alvo”, ou apenas beneficiou da notoriedade do seu nome ou da sua marca, sendo esse o seu principal objectivo.

### 7. A utilização publicitária de testes comparativos

Recaindo sobre o anunciante o ónus da verdade da publicidade comparativa, o problema oferece-se com especial acuidade quando o anunciante utiliza na sua publicidade testes comparativos («*Warentests*») efectuados por terceiros (por ex., uma Associação de Defesa dos Consumidores): *quid iuris* quando a violação do art. 16.º (e/ou do preceito do Código da Propriedade Industrial relativo à concorrência desleal) resulta de dados contidos num “*Warentest*” deste tipo? No direito francês, apesar da inovação introduzida pelo art. 10.º da lei mencionada, proibia-se toda a publicidade comparativa que se baseie em opiniões ou apreciações individuais ou colectivas, parecendo interditar, *tout court*, o uso de testes comparativos. Por seu turno, como vimos, no direito alemão tendia-se para uma responsabilidade objectiva do anunciante pela utilização de «*Warentests*» na sua publicidade. Também a Directiva responsabiliza o anunciante quando este utiliza testes comparativos com autorização das entidades que os realizaram.

Ora, entre nós, em princípio, o anunciante não deveria ser exclusivamente responsabilizado pela utilização autorizada de testes comparativos efectuados por entidades imparciais segundo critérios objectivos em nome da protecção dos interesses dos consumidores e do público em geral. De facto, devidamente interpretado, o art. 16.º, 2, teria o sentido de se responsabilizar apenas o anunciante quando este não provasse a veracidade dos testes comparativos por si ou sob sua direcção efectuados ou efectuados por terceiros, mas cuja utilização

publicitária não tivesse sido autorizada. Porquanto, ao autorizar a utilização publicitária dos testes comparativos, a entidade terceira – *maxime* quando se trate, por exemplo de uma Associação de Defesa dos Consumidores – geraria no anunciante a confiança de que os dados aí contidos não violariam direitos de terceiros (consumidores, concorrentes). Daí que, não tendo o anunciante provado a verdade dos dados contidos no teste comparativo, parecia razoável sustentar, em certos casos, a responsabilidade solidária do anunciante e da entidade terceira que efectuou e autorizou a utilização publicitária do teste comparativo, mobilizando para o efeito os critérios vazados no art. 30.º, 1, do Código da Publicidade, e no art. 513.º do Código Civil.<sup>32</sup>

## II. A directiva sobre práticas comerciais desleais (2005/29/CE)

### 1. A defesa dos consumidores no âmbito da concorrência desleal

A directiva sobre práticas comerciais desleais foi adoptada como um instrumento do funcionamento correcto do mercado interno, por via da eliminação de custos de transacção (considerando 4), e visando a prossecução de um elevado nível de defesa dos consumidores (art. 1.º).<sup>33</sup>

O regime estabelecido destina-se, directamente, a proteger os interesses económicos dos consumidores e, indirectamente, os interesses económicos de concorrentes legítimos. Nos termos do considerando 8, a “directiva protege directamente os interesses económicos dos consu-

---

<sup>32</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a utilização de «Warentests» na mensagem publicitária *vide*, por ex., especialmente sobre o problema na experiência jurídica germânica, Rudolf Karpf, *Werbung mit Testergebnissen*, München/Florentz, 1983; Rolf Sack, *Werbung mit verglichen Warentests*, in *RWW: Rechtsfragen in Wettbewerb und Werbung* (hrsg. von Joachim Amann, Roland Jaspers), Stuttgart, 1982, Rdnr. 800-841.

<sup>33</sup> Sobre o tema ver 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.

midores das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores. Consequentemente, protege também indirectamente os interesses legítimos das empresas face aos concorrentes que não respeitam as regras da presente directiva e garante assim a concorrência leal no domínio por ela coordenado. É sabido que há outras práticas comerciais que, embora não prejudiquem os consumidores, podem prejudicar os concorrentes e clientes das empresas. A Comissão deverá ponderar cuidadosamente a necessidade de acções comunitárias no domínio da concorrência desleal para além do âmbito da presente directiva e se necessário fazer uma proposta legislativa para cobrir esses outros aspectos da concorrência desleal.”

Assim, a directiva sobre práticas comerciais desleais harmoniza as legislações nacionais no que respeita a uma faceta da concorrência desleal que consiste nas práticas comerciais que lesam os interesses económicos dos consumidores.<sup>34</sup> Este entendimento significa a consagração, a nível comunitário, da inserção dos consumidores no círculo de beneficiários directos da proibição da concorrência desleal. Aos Estados-Membros é deixada a regulação da concorrência desleal ao nível das relações entre concorrentes.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Por consumidor entende-se qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pela directiva, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional (art. 2.º-a).

<sup>35</sup> Regulando as práticas comerciais desleais apenas face aos consumidores, já não nas relações entre empresas, faz sentido a sua transposição, incluindo o regime da publicidade (que há muito é informado, entre nós, pela protecção do consumidor, pense-se nas regras da publicidade comparativa), no âmbito do Código do Consumidor, tal como previsto no referido *Anteprojecto* (em especial, subsecção II do capítulo IV do título II). De todo o modo, sobre a possibilidade de integração destes regimes nos Códigos tradicionais, cumpre referir que, ao invés da sua integração no Código Civil e tendo em conta a autonomia do direito comercial no sistema jurídico português, o direito do consumidor aproxima-se 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) e o direito do consumidor não entra nas relações entre “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» (ver C. Lucas de Leyssac / P. Gilbert, *Droit du marché*, PUF, Paris, 2002). Como tivemos oportunidade de observar recentemente (*Comércio electrónico e*

## 2. A harmonização completa e a liberdade de circulação de bens no mercado interno

A directiva estabelece a harmonização completa ou plena, salvo em domínios expressamente ressalvados<sup>36</sup>. Lê-se no considerando 10, que a harmonização “completa o acervo comunitário aplicável às práticas comerciais lesivas dos interesses económicos dos consumidores” (considerando 10).<sup>37</sup> A harmonização completa permite dar expressão máxima às exigências do mercado interno, já que os Estados-Membros ficam impedidos de restringir a livre prestação de serviços e a livre circulação de mercadorias por razões ligadas ao domínio que é objecto de harmonização pela directiva (art. 4.º).<sup>38</sup>

---

*consumidor*, EDC 2004, 376-7, n. 59), poderia localizar-se o direito do consumidor numa eventual revisão «empresarialista» do Código Comercial, no sentido de abranger a regulação das práticas comerciais desleais ou, ao menos, numa lei destinada a regular as práticas mercantis desleais e agressivas. Nesta via, a cláusula geral da concorrência desleal, tradicionalmente inserida entre nós no Código da Propriedade Industrial, seria re-localizada numa eventual revisão do Código Comercial (à semelhança do Código Comercial de Macau – ver o nosso *Business Law: A Code Study – The Commercial Code of Macau*, Coimbra, 2004, pp. 26-7), ou então autonomizada num regime das práticas mercantis, 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 (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>36</sup> Por exemplo, para além de domínios ressalvados como a saúde e a segurança dos produtos, o art. 3.º, 9, permite, em relação aos serviços financeiros, tal como definidos na Directiva 2002/65/CE, e bens imóveis, que os Estados-Membros imponham requisitos mais restritivos ou prescritivos do que os previstos na directiva no domínio que é objecto de aproximação por esta.

<sup>37</sup> Ver também considerando 14 (“A abordagem de harmonização plena definida na presente directiva...”).

<sup>38</sup> A base legal da competência comunitária para adoptar instrumentos de harmonização destinados à defesa do consumidor está prevista no Tratado (de Roma) que Institui a Comunidade Europeia, na versão actualizada pelo Tratado de Amesterdão (arts. 3.º, 95.º e, em especial, o artigo 153.º que compõe o Título XIV (ex-Título XI) relativo expressamente à defesa dos consumidores). Estes articulados plasmam os

Um outro efeito da harmonização plena traduz-se na aferição do carácter enganoso por omissão das práticas comerciais segundo os mínimos de informação exigidos pela legislação comunitária. Segundo o preâmbulo, em virtude de a directiva introduzir “uma harmonização plena, só as informações exigidas na legislação comunitária são consideradas substanciais para efeitos do n.º 5 do seu artigo 7.º Sempre que os Estados-Membros tiverem introduzido requisitos de informação que vão além do que é especificado na legislação comunitária, com base nas cláusulas mínimas, a omissão dessas informações adicionais não constitui uma omissão enganosa na acepção da presente directiva. Em contrapartida, os Estados-Membros poderão, se tal lhes for permitido pelas cláusulas mínimas da legislação comunitária, manter ou introduzir disposições mais restritivas conformes com o direito comunitário para garantir um nível elevado de protecção dos direitos contratuais individuais dos consumidores.” (cons. 15).

---

seguintes princípios: a competência comunitária para adoptar medidas directamente destinadas à defesa dos consumidores (art. 153.º, 1); o dever de consideração das questões de defesa dos consumidores no que respeita a outras matérias não directamente levadas a cabo para o efeito (art. 153.º, 2); o princípio do elevado nível de protecção dos consumidores (art. 95.º, 3); tratando-se de medidas de apoio, complemento e acompanhamento da política seguida pelos Estados-Membros, o princípio da harmonização não completa, podendo os Estados-Membros adoptar medidas de protecção mais estritas, de acordo com o direito comunitário primário (art. 153.º, 3/a, e 5); o princípio da possível harmonização completa, relativamente a medidas adoptadas em aplicação do artigo 95.º no âmbito da realização do mercado interno (art. 153.º, 3/b). A harmonização completa significa que os Estados-Membros não podem manter nem adoptar medidas de protecção mais estrita do que as previstas pelos actos comunitários. Como válvula de escape, o direito comunitário primário dispõe, no art. 95.º, 4, que, após adopção de uma medida de harmonização pelo Conselho ou pela Comissão, um Estado-Membro que considere necessário manter disposições nacionais justificadas por exigências importantes a que se refere o artigo 30.º ou relativas à protecção do meio de trabalho ou do ambiente, notificará a Comissão dessas medidas, bem como das razões que motivam a sua manutenção. O art. 30 (ex art. 36.º) diz respeito às excepções admissíveis à proibição das restrições quantitativas entre os Estados-membros. Apesar de não prever expressamente a protecção dos consumidores, é considerada válida neste domínio, com todas as cautelas que se prevêm para o recurso a esta disposição de salvaguarda.

### **3. Proibição de práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores antes, durante e após uma transacção comercial**

O regime harmonizado assenta na proibição de práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, antes, durante e após uma transacção comercial<sup>39</sup> relacionada com um produto<sup>40</sup> (art. 3.º, 1). A noção de práticas comerciais das empresas face aos consumidores, designadas também por “práticas comerciais” abrange qualquer acção, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores (art. 2.º-d).

### **4. Os sujeitos das práticas comerciais**

Esta noção de práticas comerciais refere um profissional como sujeito. Por seu turno, a noção de profissional abrange qualquer pessoa

---

<sup>39</sup> Nos termos do considerando (13): A fim de realizar os objectivos comunitários através da supressão dos entraves ao mercado interno, é necessário substituir as cláusulas gerais e princípios jurídicos divergentes em vigor nos Estados-Membros. Deste modo, a proibição geral comum e única estabelecida na presente directiva abrange as práticas comerciais desleais que distorcem o comportamento económico dos consumidores. A fim de estimular a confiança dos consumidores, a proibição geral deverá aplicar-se da mesma forma a práticas comerciais desleais que ocorram fora de qualquer relação contratual entre um profissional e um consumidor, ou na sequência da celebração de um contrato e durante a sua execução. A proibição geral é concretizada por disposições sobre os dois tipos de práticas comerciais que são de longe as mais comuns, ou seja, as práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas.

<sup>40</sup> Apesar de utilizar a terminologia produto, a directiva sobre práticas comerciais desleais aplica-se também às coisas incorpóreas e aos serviços, já que por produto se entende qualquer bem ou serviço, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações (art. 2.º-c). Os serviços da sociedade da informação e, em especial, o comércio electrónico directo (e.g. compra e venda em linha de programas de computador) ficam sujeitos a este regime.

singular ou colectiva que, no que respeita às práticas comerciais abrangidas pela directiva, actue no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional e quem actue em nome ou por conta desse profissional (art. 2.º-b). Ou seja, o sujeito das práticas comerciais não tem que ser necessariamente um sujeito comercial, tal como sucede relativamente a actividades cuja qualificação comercial é excluída por lei e não obstante podem ser exercidas por profissionais. Parece assim que a natureza comercial das práticas, cuja qualificação comercial resulta da lei no caso por exemplo da publicidade, não pressupõe a qualidade comercial do sujeito. Pense-se, por exemplo, nos sujeitos que exercem profissões regulamentadas, isto é, nos termos da directiva, actividades ou conjunto de actividades profissionais cujo acesso, exercício ou modalidade de exercício se encontram directa ou indirectamente subordinados, por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, à posse de determinadas qualificações profissionais (art. 2.º-l). Se a lei exclui a qualificação comercial da actividade que exercem (e.g. advocacia), então mesmo que permita práticas comerciais como a publicidade (o que deverá acontecer nos termos da directiva sobre comércio electrónico) tal não significa que esses profissionais adquiram, só por isso, a qualidade de sujeitos comerciais. De resto, a directiva sobre práticas comerciais desleais ressalva quaisquer condições de estabelecimento ou de regimes de autorização, ou os códigos de conduta deontológicos ou outras normas específicas que regem as profissões regulamentadas destinados a preservar elevados padrões de integridade por parte do profissional, que os Estados-Membros podem, em conformidade com o direito comunitário, impor aos profissionais (art. 3.º, 8). Assim, a directiva sobre práticas comerciais desleais aplica-se também às práticas comerciais destes profissionais, sem prejuízo das restrições a que estejam sujeitos por força dos respectivos códigos deontológicos ou outras normas específicas.

## **5. A cláusula geral e os tipos de práticas comerciais desleais**

A caracterização das práticas comerciais desleais é feita mediante uma cláusula geral e a previsão de dois tipos especiais.



A cláusula geral (art. 5.º) das práticas comerciais desleais considera como tais as práticas comerciais contrárias às exigências relativas à diligência profissional<sup>41</sup> que distorçam ou sejam susceptíveis de distorcer de maneira substancial o comportamento económico<sup>42</sup>, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afecta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores.<sup>43</sup> Os tipos especiais de práticas comerciais desleais proibidas são as práticas comerciais enganosas e as agressivas.

De todo o modo, a directiva estabelece uma “lista negra” de 31 práticas comerciais que são consideradas desleais em quaisquer circunstâncias, tais como, por exemplo: exhibir uma marca de confiança (trust mark), uma marca de qualidade ou equivalente sem ter obtido a autorização necessária<sup>44</sup>; declarar falsamente que o produto estará disponível apenas durante um período muito limitado ou que só estará disponível em condições especiais por um período muito limitado, a fim de obter uma decisão imediata e privar os consumidores da oportunidade ou do tempo suficientes para tomarem uma decisão esclarecida; criar a impressão de que o consumidor não poderá deixar o estabelecimento sem que antes tenha sido celebrado um contrato (art. 5.º, 5, e Anexo, 2, 7 e 24).

---

<sup>41</sup> Por “diligência profissional” entende-se o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional em relação aos consumidores, avaliado de acordo com a prática de mercado honesta e/ou o princípio geral da boa fé no âmbito da actividade do profissional (art. 2.º-h).

<sup>42</sup> “Distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores” significa, nos termos do glossário da directiva, a utilização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo (art. 2.-e).

<sup>43</sup> Segundo o considerando 18, o “critério do consumidor médio não é estatístico. Os tribunais e as autoridades nacionais terão de exercer a sua faculdade de julgamento, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para determinar a reacção típica do consumidor médio num determinado caso.”

<sup>44</sup> Esta prática da “lista negra” deve ter em conta que a autorização pode resultar da lei, como sucede na publicidade comparativa.

## 6. Práticas comerciais enganosas

As práticas comerciais podem ser enganosas por acção ou por omissão.

Quanto às primeiras (art. 6.º), consideram-se enganosas as práticas comerciais que contiverem informações falsas, que sejam inverídicas ou que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação geral, induzam ou sejam susceptíveis de induzir em erro o consumidor médio, mesmo que a informação seja factualmente correcta, em relação a um ou mais de um catálogo de elementos<sup>45</sup> e que, em ambos os casos, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo.<sup>46</sup> São ainda

---

<sup>45</sup> A saber: a existência ou natureza do produto (a) as características principais do produto, tais como a sua disponibilidade, as suas vantagens, os riscos que apresenta, a sua execução, a sua composição, os seus acessórios, a prestação de assistência pós-venda e o tratamento das reclamações, o modo e a data de fabrico ou de fornecimento, a entrega, a adequação ao fim a que se destina, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características substanciais dos testes ou controlos efectuados sobre o produto (b); o alcance dos compromissos assumidos pelo profissional, a motivação da prática comercial e a natureza do processo de venda, bem como qualquer afirmação ou símbolo fazendo crer que o profissional ou o produto beneficiam de um patrocínio ou apoio directos ou indirectos (c); o preço ou a forma de cálculo do preço, ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço (d); a necessidade de um serviço, de uma peça, de uma substituição ou de uma reparação (e); a natureza, os atributos e os direitos do profissional ou do seu agente, como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações, o seu estatuto, a sua aprovação, a sua inscrição ou as suas relações e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios e distinções que tenha recebido (f); os direitos do consumidor, em particular o direito de substituição ou de reembolso nos termos do disposto na 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, e os riscos a que pode estar sujeito (g).

<sup>46</sup> Por decisão de transacção entende-se a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir (art. 2.º-k).

consideradas enganosas por acção as práticas comerciais que, no seu contexto factual, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, conduzam ou sejam susceptíveis de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo, e envolva: qualquer actividade de marketing relativa a um produto, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer produtos, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente (a); incumprimento por parte do profissional dos compromissos contidos em códigos de conduta aos quais esteja vinculado, desde que o compromisso não seja uma mera aspiração mas seja firme e verificável, e que o profissional indique, na prática comercial, que está vinculado pelo código (b).

Quanto às segundas, consideram-se omissões enganosas (art. 7.º) quando, no seu contexto factual, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, as práticas comerciais omitam uma informação substancial que, atendendo ao contexto, seja necessária para que o consumidor médio possa tomar uma decisão de transacção esclarecida, e, portanto, conduzam ou sejam susceptíveis de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo. Além disso, é também considerada uma omissão enganosa a prática comercial em que o profissional, tendo em conta os referidos aspectos, oculte a informação substancial referida no mesmo número ou a apresente de modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardio, ou quando não refira a intenção comercial da prática em questão, se esta não se puder depreender do contexto e, em qualquer dos casos, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> As limitações de espaço ou de tempo impostas pelo meio utilizado para comunicar a prática comercial e quaisquer medidas tomadas pelo profissional para disponibilizar a informação aos consumidores por outros meios são tomadas em conta ao decidir-se se foi omitida informação (art. 7.º, 3).

## 7. A noção de informação substancial

A noção de informação substancial é definida para dois tipos de situações: existindo “convite a contratar” ou fora de qualquer relação contratual com consumidores.<sup>48</sup> Existindo um “convite a contratar”<sup>49</sup>, consideram-se substanciais, se não se puderem depreender do contexto, as informações relativas às características principais do produto, na medida adequada ao meio e ao produto (a); ao endereço geográfico e à identidade do profissional, tal como a sua designação comercial e, se for caso disso, o endereço geográfico e a identidade do profissional por conta de quem actua (b); ao preço, incluindo impostos e taxas, ou, quando, devido à natureza do produto, o preço não puder ser razoavelmente calculado de forma antecipada, a maneira como o preço é calculado, bem como, se for caso disso, todos os custos suplementares de transporte, de expedição e entrega e postais ou, quando estas despesas não puderem ser razoavelmente calculadas de forma antecipada, a indicação de que esses custos suplementares ficarão a cargo do consumidor (c); às modalidades de pagamento, expedição ou execução e o mecanismo de tratamento das reclamações, se se afastarem das obrigações de diligência profissional (d); e à existência de tal direito,

---

<sup>48</sup> Segundo o considerando 14, relativamente “às omissões, a presente directiva estabelece um número limitado de elementos essenciais de informação para que o consumidor possa tomar uma decisão de transacção esclarecida. Tal informação não terá de ser comunicada em toda a publicidade, mas apenas quando o profissional efectue um ‘convite a contratar’, conceito que é claramente definido nesta directiva.”

<sup>49</sup> Segundo a directiva, existe convite a contratar se se tratar de uma comunicação comercial que indique as características e o preço do produto de uma forma adequada aos meios utilizados pela comunicação comercial, permitindo assim que o consumidor efectue uma aquisição (art. 2.º-i). O *Anteprojecto* de Código do Consumidor é fiel a esta terminologia da directiva (art. 133.º, 3 e 4). Todavia, tendo em conta o disposto no art. 4.º, 1-h, da 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 (transposta pelo Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril) – em que o profissional é considerado em situação de oferta ou proposta negocial –, mais do que “convite a contratar” tratar-se-á, ao menos nos contratos à distância abrangidos por aquele preceito, de oferta ou proposta contratual. Semelhante enquadramento valerá para a publicidade domiciliária, já que esta parece ser apenas admitida na medida em que o anunciante se coloque em situação de proposta contratual.

relativamente aos produtos e transacções que impliquem um direito de retractação ou de anulação (e).<sup>50</sup>

Não existindo “convite a contratar”, são considerados substanciais os requisitos de informação estabelecidos pela legislação comunitária relativamente às comunicações comerciais, incluindo a publicidade ou o marketing, cuja lista não exaustiva, consta do anexo II (e.g. os deveres de prestação de informações estabelecidos nos artigos 5.º e 6.º da directiva sobre o comércio electrónico).

O preâmbulo esclarece, ainda, que se os Estados-Membros tiverem estabelecido obrigações de informação “que vão além do que é especificado na legislação comunitária, com base nas cláusulas mínimas, a omissão dessas informações adicionais não constitui uma omissão enganosa” na acepção da directiva sobre práticas comerciais desleais (considerando 15).

## **8. Práticas comerciais agressivas**

No que respeita às práticas comerciais agressivas, pretende-se evitar que a liberdade de escolha do consumidor seja significativamente prejudicada (considerando 16). Para o efeito, consideram-se agressivas as práticas comerciais se, no caso concreto, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, prejudicarem ou forem susceptíveis de prejudicar significativamente, devido a assédio, coacção – incluindo o recurso à força física – ou influência indevida<sup>51</sup>, a liberdade de escolha

---

<sup>50</sup> A referência a direito de retractação ou de anulação não deverá obstar a que se inclua nestas figuras indefinidas do direito comunitário a conversão que delas foi feita no direito interno tal como sucedeu para o “direito de retractação” com o recurso à figura do direito de livre resolução nos regimes dos contratos à distância, incluindo o Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio (art. 19.º), que transpõe a Directiva n.º 2002/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro, relativa a comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores.

<sup>51</sup> Por influência indevida entende-se “a utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, de forma que limita significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida” (art. 2.º-j).

ou o comportamento do consumidor médio em relação a um produto, e, por conseguinte, o conduzam ou sejam susceptíveis de o conduzir a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo (art. 8.º).

O art. 9.º prevê os elementos que devem ser tidos em conta, para determinação, no caso concreto, da utilização de meios agressivos (e.g. assédio), a saber, a: o momento e o local em que a prática é aplicada, a sua natureza e a sua persistência (a); o recurso à ameaça ou a linguagem ou comportamento injuriosos (b); aproveitamento pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica de uma gravidade tal que prejudique a capacidade de decisão do consumidor, de que o profissional tenha conhecimento, com o objectivo de influenciar a decisão do consumidor em relação ao produto (c); qualquer entrave extracontratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional, quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais, incluindo o de resolver um contrato, ou o de trocar de produto ou de profissional (d); qualquer ameaça de intentar uma acção quando tal não seja legalmente possível (e).

## **9. Protecção dos menores e outros grupos específicos de consumidores**

Sem prejuízo da prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente, as práticas comerciais que são susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis à prática ou ao produto subjacente, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, de uma forma que se considere que o profissional poderia razoavelmente ter previsto, devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo (art. 5.º, 3), que não é estatístico (cons. 18).

Além disso, com vista à protecção das crianças, é incluída na lista das práticas que são desleais em qualquer circunstância uma disposição que, sem impor uma abolição total da publicidade dirigida às crianças,

as protege de exortações directas à aquisição. Trata-se da prática, prevista no ponto 28 do anexo I que consiste em fazer num anúncio publicitário uma exortação directa às crianças no sentido de estas comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os produtos anunciados, sem prejuízo do art. 16.º da Directiva 89/552/CEE relativa ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva. Na “lista negra” inclui-se também a prática de alegar falsamente que um produto é capaz de curar doenças, disfunções e malformações (anexo I, 17), cuja proibição absoluta se destina a proteger especialmente grupos de consumidores particularmente mais vulneráveis.

### **10. Códigos de conduta e meios de controlo**

A directiva permite que o regime das práticas concorrenciais desleais seja efectuado mediante códigos de conduta<sup>52</sup> e meios alternativos de resolução de litígios. Ressalva expressamente, todavia, que o recurso ao controlo extrajudicial pelos titulares de um código de conduta<sup>53</sup> “não implica nunca a renúncia às vias de recurso judicial ou administrativo” (art. 10.º).

Para o efeito, os Estados-Membros devem configurar a legislação orgânico-processual de modo a que as pessoas ou organizações que, de acordo com a legislação nacional, tenham um interesse legítimo em combater as práticas comerciais desleais, incluindo os concorrentes, possam recorrer às vias judiciais ou administrativas, consoante a escolha do Estado-Membro, a quem competirá também decidir se as acções

---

<sup>52</sup> Por código de conduta entende-se o acordo ou conjunto de normas não impostas por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas de um Estado-Membro que define o comportamento de profissionais que se comprometem a ficar vinculados por este código no que diz respeito a uma ou várias práticas comerciais ou sectores de actividade específicos (art. 2.º-f).

<sup>53</sup> Ou seja, qualquer entidade, incluindo um profissional ou grupo de profissionais, responsável pela elaboração e a revisão de um código de conduta e/ou o controlo do cumprimento deste código por aqueles que se comprometeram a ficar vinculados por ele (art. 2.ºg).

podem ser intentadas individual ou colectivamente contra diversos profissionais do mesmo sector económico, e contra o titular de um código, caso o código relevante promova o não cumprimento das prescrições legais. De todo o modo, a legislação interna deverá tornar possível ordenar a cessação de uma prática comercial desleal ou proibi-la, mesmo na ausência de prova de ter havido uma perda ou prejuízo real, ou de uma intenção ou negligência da parte do profissional, cabendo à legislação determinar se a título de procedimento cautelar ou apenas como decisão definitiva.

### 11. Dos actos de concorrência às práticas comerciais desleais?

A directiva sobre práticas comerciais desleais é mais do que um “regulamento” comunitário da concorrência desleal. O regime estabelecido parece alargar o círculo tradicional de proibição da concorrência desleal.

Com efeito, a proibição de práticas comerciais desleais deixa de depender da prática de actos de concorrência, tal como estes são tradicionalmente entendidos e delimitados por referência a um sector de actividade (“mercado relevante”). Em nome da protecção dos consumidores, todos são considerados potencialmente concorrentes de todos e, por conseguinte, a proibição das práticas comerciais desleais projecta-se tendencialmente *erga omnes* entre profissionais, ao invés da tradicional concorrência desleal que produz efeitos *inter partes*, no sentido de operadores (*maxime* empresas) que actuam e concorrem num determinado sector de mercado.

Não obstante, desde logo, a legitimidade processual dos “concorrentes” deveria continuar a ser mediada por referência ao critério do sector de mercado.<sup>54</sup> Isto é, os “concorrentes” só deveriam ter legiti-

---

<sup>54</sup> Ver, por exemplo, Ac. STJ 21/02/1969 (BMJ n.º 184(1969), 310: “Sendo totalmente diferentes, quer pela natureza, quer pela aplicação, os produtos protegidos pela mesma marca, não ocorre a figura da concorrência desleal, uma vez que não há possibilidade de confusão para o consumidor aquando da aquisição”), Ac. STJ 31/01/1991 (“Não há concorrência desleal se os produtos são totalmente diferentes, quer



midade processual, na medida em que fossem, desde logo, “concorrentes”, sob pena de o regime estabelecido se traduzir num sistema objectivo de “concorrência desleal” entre profissionais, independentemente do sector de actividade em que operem. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para as práticas negligentes entre concorrentes.<sup>55</sup>

Se a protecção do consumidor poderá justificar um regime objectivo de práticas comerciais desleais<sup>56</sup>, já a proibição da concorrência desleal entre concorrentes *proprio sensu* não deverá ir tão longe, em vista das suas consequências negativas em matéria de liberdade de concorrência.<sup>57</sup> De resto, mesmo outros instrumentos jurídicos ao dispor dos “profissionais”, nomeadamente o direito das marcas e afins, não

---

pela sua natureza, quer pela sua aplicação, embora protegidos pela mesma marca, uma vez que não há possibilidade de confusão para o consumidor quando da sua aquisição, tanto mais se não são produtos substituíveis entre si, sucedâneos, complementares ou de procura conjunta.”); Ac. TRC 12/21/2001 (“É de excluir a concorrência desleal quando as empresas em confronto se dedicam a indústrias completamente diferentes, o que pressupõe que duas empresas disputem entre si uma posição de vantagem relativa, face a uma clientela comum.”); v. tb. mais latamente, ainda que circunscrevendo a concorrência a um “mesmo sector de mercado”, Ac. TRP 12/01/1998 (“Deve entender-se que pode haver concorrência desleal entre quaisquer actividades económicas que se insiram no mesmo sector de mercado, independentemente de existir entre elas qualquer relação de identidade, substituição ou complementaridade”).

<sup>55</sup> O novo Código da Propriedade Industrial descriminalizou a concorrência desleal, mas, ao mesmo tempo, a sua proibição deixa de exigir uma intenção especial do agente. Não obstante, apesar da formulação ampla da cláusula geral, nos termos da qual constitui concorrência desleal todo o acto de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica (art. 317.º), o regime continua a pressupor a prática de actos de concorrência e, por conseguinte, a referência a um sector de mercado, que serve assim de “filtro” para apurar a ilicitude dos exemplos de actos de concorrência desleal previstos no catálogo (e.g. actos de confusão, afirmações enganosas e depreciativas, parasitismo), bem como de outros *actos de concorrência* contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica.

<sup>56</sup> Embora não imponha necessariamente o recurso a essa via de excepção, tendo em conta a disponibilidade no arsenal jurídico de outros instrumentos, nomeadamente o sistema de presunções em princípio relativas e a consequente inversão do ónus da prova.

<sup>57</sup> Ac. TRP 7/2/1994 (“O princípio da concorrência é um princípio caracterizador da ordem constitucional portuguesa”).

conferem privilégios mercantis absolutos, i.e. oponíveis *erga omnes*, já que o seu âmbito de protecção é, nos termos da lei, mediado pelo princípio da especialidade, salvo os regimes excepcionais de protecção reforçada das marcas notórias e de grande prestígio. A menos que se considere que as razões que estão na base destes regimes excepcionais justificam o alargamento do âmbito de protecção da concorrência desleal em benefício desde logo dos titulares daquelas marcas, com base no entendimento de que, parafraseando Orwell, “os concorrentes são todos iguais, mas uns são mais iguais que outros”, e que é de justiça “tratar o igual de modo igual, na medida da igualdade”, e “tratar o diferente de modo diferente, na medida da diferença”.

## 12. A salvaguarda da liberdade de publicidade comparativa e o Acórdão *Pippig Augenoptik* do TJCE

Seja como for, o novo regime das práticas comerciais desleais não deverá ter por efeito anular a liberdade de publicidade comparativa, que já só é admitida dentro de limites bem apertados, não obstante o seu valor enquanto instrumento de concorrência ao nível da transparência do mercado e da informação do consumidor. Numa palavra, a lealdade da concorrência não deverá custar a eliminação da sua liberdade, sob pena de negação do próprio mercado interno. Tal como no passado, terá o TJCE aqui um papel importante para limar as arestas da letra da directiva à luz dos princípios do direito comunitário que animam o funcionamento do mercado interno.

A julgar pela jurisprudência já firmada pelo TJCE sobre publicidade comparativa, quer no caso *GB-INNO-BM* quer no caso *Pippig Augenoptik*, pode antecipar-se, com alguma segurança, que o tribunal não permitirá que a publicidade comparativa, enquanto instrumento da liberdade de concorrência e informação do consumidor no mercado interno, seja eclipsada pelo regime das práticas comerciais desleais. Trata-se de uma orientação consolidada e com especial projecção no segundo caso (*Pippig Augenoptik*).

Com efeito, no Acórdão do Tribunal de 8 de Abril de 2003<sup>58</sup>, em pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Oberster Gerichtshof* (Áustria), o TJCE determinou, *inter alia*, que o “artigo 3.º-A, n.º 1, alínea a), da Directiva 84/450, alterada, deve ser interpretado no sentido de que, embora o anunciante, em princípio, seja livre de indicar ou não numa publicidade comparativa a marca dos produtos concorrentes, compete, no entanto, ao órgão jurisdicional nacional verificar se, em circunstâncias determinadas, caracterizadas pela importância da marca na escolha do comprador e pela diferença importante, em termos de renome, entre as marcas dos produtos comparados, a omissão da marca mais conhecida é susceptível de se revelar enganosa.” Isto é, não apenas a jurisprudência comunitária confirma a licitude de utilização da marca do produto concorrente comparado, como acrescenta que a omissão dessa marca pode ser uma prática enganosa. Além disso, o TJCE considerou que o “artigo 3.º-A, n.º 1, da Directiva 84/450, alterada, não se opõe nem a que os produtos comparados sejam comprados através de canais de distribuição diferentes, nem à realização pelo anunciante de uma aquisição para teste num concorrente mesmo antes de iniciar a sua própria oferta, desde que estejam preenchidas as condições de licitude da publicidade comparativa aí previstas.”

Finalmente, o TJCE respondeu ainda que “uma comparação de preços não desacredita um concorrente, na acepção do artigo 3.º -A, n.º 1, alínea e), da Directiva 84/450, alterada, nem pelo facto de a diferença de preços entre os produtos comparados ser superior à diferença média de preços, nem devido ao número de comparações efectuadas. O artigo 3.º-A, n.º 1, alínea e), da Directiva 84/450, alterada, não se opõe a que uma publicidade comparativa reproduza, para além do nome do concorrente, a sua sigla e uma imagem da fachada do seu estabelecimento, se essa publicidade respeitar as condições de licitude definidas pelo direito comunitário.”

---

<sup>58</sup> Processo C-44/01 (*Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG contra Hartlauer Handelsgesellschaft mbH e Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer*), Colectânea da Jurisprudência 2003, I-3095.

# A POSIÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR NA COMPRA E VENDA FINANCIADA: CONFRONTO ENTRE O REGIME EM VIGOR (RJCC)<sup>1</sup> E O ANTEPROJECTO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR (AntpCCONS.)<sup>2</sup>

PAULO DUARTE

Advogado  
Assessor da Comissão do Código  
do Consumidor

**Sumário:** 1. Aconfiguração fáctica da compra e venda financiada. 2.O princípio da relatividade dos contratos e os riscos a que se sujeita o consumidor na compra e venda financiada. 3. Mecanismos de neutralização dos riscos que enfrenta o consumidor. 3.1. Considerações prévias. 3.2. O Risco de ineficácia do contrato de crédito. 3.2.1. A solução estabelecida no art. 12.º/1 do RJCC. 3.2.2. A solução estabelecida no art. 305.º do AntpCCons. 3.3. O risco de ineficácia ou de incumprimento do contrato de compra e venda. 3.3.1. No quadro do direito vigente. 3.3.1.1. Os arts.8.º/3 e 19.º/3 do DL 143/2001, de 26 de Abril. 3.3.1.2. O art. 16.º/6 do DL 275/93, de 5 de Agosto. 3.3.1.3. A falta de transposição, para o direito interno, do princípio da proibição do enfraquecimento da posição jurídica do consumidor consagrado no art. 11.º/1 da DCC. 3.3.1.4. O sentido e a função do art.12.º/2 do RJCC. 3.3.2. No quadro do AntpCCons. 3.3.2.1. O art. 307.º do AntpCCons. 3.3.2.2. O art. 306.º do AntpCCons. 3.3.3 Breve balanço entre o direito vigente e o AntpCCons.

---

<sup>1</sup> O Regime Jurídico do Crédito ao Consumo (RJCC) encontra-se estabelecido no Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro, entretanto alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 101/2000, de 2 de Junho, e 82/2006, de 3 Maio.

<sup>2</sup> O Anteprojecto do Código do Consumidor, elaborado pela Comissão do Código do Consumidor, presidida pelo Senhor Professor Doutor António Pinto Monteiro, foi apresentado e posto à discussão pública em 15 de Março de 2006.

## 1. A configuração fáctica da compra e venda financiada

Depois de, durante muito tempo, a compra e venda a prestações ter pontificado como instrumento jurídico-contratual por meio do qual se concretizava o financiamento do consumidor<sup>3</sup>, a compra e venda financiada parece ter tomado de vez o seu lugar na última década do século xx<sup>4</sup>.

Em termos de configuração fáctica, e considerando o seu figurino mais vulgarizado, a compra e venda financiada consiste na articulação de dois contratos distintos<sup>5</sup>: por um lado, um contrato de compra e venda, que liga o vendedor ao consumidor; por outro lado, um contrato de mútuo, por força do qual uma instituição de crédito, ou uma sociedade

---

<sup>3</sup> Falamos evidentemente do financiamento da aquisição de bens móveis e de serviços – fenómeno vulgarmente designado, na linguagem económica, pela expressão “crédito ao consumo”. A concessão de crédito em vista da aquisição de bens imóveis destinados a finalidades não profissionais (em particular o crédito à habitação) corresponde a uma problemática económica e juridicamente distinta. Na verdade, além de, no plano económico, constituir um autónomo “ramo de negócio” da actividade bancária, a concessão de crédito para a aquisição de bens imóveis destinados a finalidades não profissionais nem sequer está sujeita ao RJCC.

<sup>4</sup> Ainda assim, com muito atraso em relação a outros quadrantes. Em países como a Alemanha e os Estados Unidos da América, no final da segunda década do século xx a compra e venda financiada era já largamente utilizada como técnica de financiamento do consumidor, altura em que a comunidade jurídica despertava também para os novos e específicos problemas que ela suscitava. Sobre a transição, na história do crédito ao consumo, da compra e venda a prestações para a compra e venda financiada, ver o nosso *Contratos de concessão de crédito ao consumidor: em particular as relações trilaterais resultantes da intervenção de um terceiro financiador, dissertação apresentada no âmbito do curso de mestrado na área de ciências jurídico-empresariais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2001, pp. 81 e ss.

<sup>5</sup> A descrição que fazemos da compra e venda financiada não é teoricamente neutra ou incolor. Pelo contrário, a expressa e propositada referência à coexistência de dois contratos sinaliza, no que concerne aos modelos de compreensão deste fenómeno jurídico-contratual, a nossa preferência pela teoria da separação (*Trennungstheorie*), em detrimento da teoria da unidade (*Einheitstheorie*), e do correspondente recurso à figura do contrato trilateral. Sobre este problema dogmático, ver FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de contratos de crédito e de venda para o consumo*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 340 e ss, e a nossa ob.cit. pp.109 e ss.

financeira<sup>6</sup>, adianta ao consumidor os fundos necessários para o pagamento do preço devido ao vendedor.

O consumidor que se financia através deste mecanismo contratual conclui, portanto, dois contratos: um contrato de compra e venda, cujo preço se obriga a pagar a pronto, e um contrato de mútuo. Em vez de confrontado com um só sujeito no quadro de uma só relação contratual, como sucede no esquema da tradicional compra e venda a prestações, o consumidor torna-se parte em dois contratos, estabelecendo vínculos jurídicos diferentes com dois parceiros distintos<sup>7</sup>. A *simplicidade* e a *bilateralidade* próprias da compra e venda a prestações dão lugar à *complexidade* e à *trilateralidade* inerentes à compra e venda financiada<sup>8</sup>.

Encarada numa perspectiva dinâmica, a compra e venda financiada, na sua manifestação mais típica e frequente, revela também a sua especificidade nas circunstâncias relativas ao modo de execução das prestações a cargo de cada um dos sujeitos intervenientes. Referimo-nos, em primeiro lugar, ao facto de a quantia mutuada não chegar a entrar na disponibilidade efectiva do consumidor mutuário, uma vez que o mutuante a entrega imediata e directamente ao vendedor, com

---

<sup>6</sup> Em regra, no mercado português do crédito ao consumo, nas operações de compra e venda financiada, a posição contratual do mutuante é assumida por uma Sociedade Financeira para Aquisições a Crédito (SFAC). As SFACs, nos termos do disposto no art. 2.º-a) do Decreto-Lei n.º 206/95, de 14 de Agosto, tem o seu objecto circunscrito à actividade consistente em “*financiar a aquisição ou o fornecimento de bens ou serviços determinados*”.

<sup>7</sup> Verdadeiramente *essencial* e identificador do esquema da compra e venda financiada é a conclusão articulada de dois contratos diferentes por parte do consumidor. Serem tais contratos polarizados em sujeitos também diferentes é já uma circunstância *acidental*, cuja ausência não descaracteriza o fenómeno, nem na sua fisionomia nem na problemática específica que nele emerge. Embora possa tratar-se de uma ocorrência estatisticamente rara, não deixa pois de existir uma compra e venda financiada quando as figuras de vendedor e de mutuante coincidirem em um só sujeito.

<sup>8</sup> Complexidade e trilateralidade que são, de resto, típicas, em geral, dos chamados *negócios de aquisição financiados por terceiro*, entre os quais se incluem, além da compra e venda financiada, figuras contratuais como o *leasing* e o *factoring* – sobre a matéria, ver PETER HEERMANN, *Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte: Entwicklung der Rechtsfigur des trilateralen Synallagmas auf der Grundlage deutscher und U.S. amerikanischer Rechtsentwicklung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.

base numa instrução (*Anweisung*) daquele – instrução que, em regra, se concretiza na subscrição, por parte do consumidor, de um formulário pré-elaborado pelo mutuante, quase sempre incorporado no formulário que suporta o texto do próprio contrato de mútuo.

Marcadamente caracterizador do modo de funcionamento da compra e venda financiada é também o facto de o consumidor, depois de pago o preço ao vendedor por intermédio do mutuante (que, cumprindo a sua instrução, transfere a quantia mutuada para o património do vendedor<sup>9</sup>), apenas ficar vinculado em relação a este último, ao qual tem de reembolsar, em fracções escalonadas no tempo, o capital adiantado, acrescido dos juros remuneratórios convencionados. Em termos estritamente empírico-económicos, a situação resultante do normal funcionamento do mecanismo da compra e venda financiada, vista sob o prisma do consumidor, é similar à que decorreria de uma comezinha compra e venda a prestações, sem intervenção de qualquer terceiro. Na realidade, o consumidor também aqui está obrigado ao pagamento de uma certa quantia em várias prestações – não já a quantia correspondente ao preço da coisa (pois que esse já foi pago a pronto), mas a que equivale ao reembolso do capital emprestado.

## **2. O princípio da relatividade dos contratos e os riscos a que se sujeita o consumidor na compra e venda financiada**

Como acabamos de ver, o esquema da compra e venda financiada consubstancia-se na articulação de dois contratos juridicamente distintos e separados. Se tomarmos a compra e venda a prestações como termo de referência, facilmente nos damos conta de que a compra e venda financiada se concretiza na complexificação e no desmem-

---

<sup>9</sup> No facto unitário em que consiste a transferência patrimonial efectuada pelo mutuante a favor do vendedor concorrem, portanto, em simultaneidade, duas prestações de execução de dois contratos diferentes: a prestação de adiantamento da quantia mutuada (prestação devida pelo mutuante ao consumidor); e a prestação de pagamento do preço da coisa vendida (prestação devida pelo consumidor ao vendedor).

bramento (*Aufspaltung*) contratual de uma operação economicamente simples e unitária, consistente na aquisição a crédito de um certo bem.

*Em princípio*, e rejeitada a teoria da unidade, qualquer um dos contratos que coexistem na compra e venda financiada é imune e insensível às vicissitudes e perturbações que ocorram na órbita do outro. Dizemos *em princípio* porque é essa a solução que, em geral, decorrerá da aplicação estrita do *princípio da relatividade dos contratos*<sup>10</sup>, segundo o qual cada contrato apenas vincula as partes em que o mesmo se polariza, sendo, por outro lado, imune a incidências ocorridas em outros contratos.

Ora, a aplicação rigorosa do princípio da relatividade dos contratos à compra e venda financiada envolve riscos consideráveis para o consumidor.

Desde logo, no caso de ineficácia do contrato de mútuo (ou até de perda do benefício do prazo de reembolso), o consumidor, se entretanto já se tiver obrigado perante o vendedor, ver-se-á na iminência de inesperadamente ter de pagar a pronto e imediatamente a totalidade do preço sem para tanto dispor da liquidez necessária – ou porque o mutuante deixou de estar vinculado à entrega do dinheiro (se se trata de um mútuo consensual), ou porque este lhe tem de ser restituído (em razão da ineficácia do contrato ou da perda de benefício do prazo) de uma só vez e de imediato<sup>11</sup>. Trata-se aqui, no fundo, do risco de uma aquisição a crédito (de uma aquisição apenas financeiramente possível por ser a crédito) se transformar numa aquisição a pronto.

Se, por outro lado, o contrato de compra e venda padecer de qualquer causa de ineficácia (por exemplo, nulidade) ou não for cumprido pelo vendedor (que não entrega a coisa, ou a entrega com defeitos), o consumidor ficará sujeito a, não obstante isso, prosseguir ininterruptamente o cumprimento do programa de prestações de reembolso (e de juros) da quantia que lhe haja sido mutuada<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Sobre este princípio do regime dos contratos, ver ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 6.<sup>a</sup> Ed., Coimbra, Almedina, 1994, pp. 288 e ss.

<sup>11</sup> ANA LOPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos, Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, J. M. Bosch Ed., 1994, pp. 73-74.

<sup>12</sup> ANA LOPEZ FRÍAS, *ob. cit.*, p. 74.



Estabelecendo de novo o paralelo com a hipótese da compra e venda a prestações, é patente a fragilidade que do desmembramento contratual congénito à compra e venda financiada resulta para a posição jurídica do consumidor. Na verdade, no caso de uma simples compra e venda a prestações, posto perante qualquer causa de ineficácia do contrato ou perante o incumprimento do vendedor, o consumidor não está impedido de, brandindo as correspondentes excepções, recusar o pagamento das parcelas do preço ainda por liquidar. Já no quadro da compra da compra financiada, o simples facto de o preço já ter sido integralmente pago (através da transferência imediata de fundos para o vendedor ordenada ao mutuante) torna sem objecto tal recusa.

### **3. Mecanismos de neutralização dos riscos que enfrenta o consumidor**

#### **3.1. Considerações prévias**

A neutralização dos específicos riscos de fragilização da posição jurídica do consumidor que adquire bens a crédito através da compra e venda financiada supõe necessariamente a aceitação de relações de porosidade, de intercomunicabilidade, entre os dois contratos que nela convivem, de maneira a permitir que cada um deles não seja insensível às vicissitudes e perturbações que atingem o outro. Supõe, bem vistas as coisas, que se admita a possibilidade de desvios ou limitações ao rigorismo do princípio da relatividade dos contratos. Parece-nos, de resto, que o problema crucial com que o fenómeno da compra e venda financiada interpela a ciência jurídica é, precisamente, o de apurar se é admissível, e em que condições, o rompimento das barreiras erguidas pelo princípio da relatividade, de modo a justificar que um dos contratos, extravasando os limites de si próprio, possa actuar sobre o outro.

Afigura-se-nos, por outro lado, que o problema da admissibilidade de desvios ao princípio da relatividade dos contratos no âmbito da compra e venda financiada só adquire verdadeira autonomia dogmática se não for confundido, nem contaminado, pela tentativa de reconduzir

e acomodar este fenómeno a institutos ou figuras jurídico-negociais já disponíveis no instrumentário do direito privado.

Não pomos de parte a hipótese, por exemplo, de se considerar que, na compra e venda financiada, cada um dos contratos constitui a *base do negócio* do outro contrato<sup>13</sup>, com o conseqüente reconhecimento de que a ineficácia de um deles possa permitir a resolução ou modificação do outro, nos termos gerais (arts. 252.º/2 e 437.º do Código Civil)<sup>14</sup>.

Não nos repugna ainda que se veja em qualquer dos contratos que entram na estrutura complexa da compra e venda financiada a *condição*, o *motivo*, o *fim* ou a *causa* do outro, de modo a aplicar-se-lhes o regime jurídico-civil a que, em geral, se acham submetidas estas figuras.

Assim como não rejeitamos a possibilidade de se compreender esta peculiar manifestação da autonomia privada como uma *coligação funcional de contratos*, dentro da qual, mantendo embora a sua individualidade, o mútuo e a compra e venda “estão ligados entre si, segundo a intenção dos contraentes, por um nexó funcional que influi na respectiva disciplina (...) por virtude da relação de interdependência que entre eles se estabelece”<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Na doutrina e jurisprudência alemãs anteriores à *Verbraucher kreditgesetz* de 1991, a teoria da base do negócio teve um lugar proeminente nas construções dogmáticas da compra e venda financiada. Com a entrada em vigor da *Verbraucher kreditgesetz*, em grande medida transportada para o BGB pela *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* (em particular para os §§ 358, 359 e 488-507), a ciência jurídica alemã passou a concentrar-se na hermenêutica dos preceitos referentes à compra e venda financiada, limitando-se o interesse e a utilidade da teoria da base do negócio às questões não objecto de uma resposta normativa específica – neste sentido, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum BGB*, 4. Auflage, 2003, § 359, Rn 25-28.

<sup>14</sup> Embora já nos suscite muitas dúvidas a ideia de encontrar na doutrina da base do negócio, tal como ela se acha normativamente consagrada entre nós, o fundamento para atribuir ao consumidor o direito de suspender as prestações de reembolso do mútuo em caso de incumprimento do vendedor.

<sup>15</sup> ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 8.ª edição, Coimbra, Almedina, 1994, p. 285. A noção de coligação de contratos assim apresentada pelo grande civilista português parece, à primeira vista, corresponder aos traços da figura, construída pela doutrina italiana, do “collegamento contrattuale in senso tecnico”, a

Não sendo de excomungar, à partida, qualquer destas “estratégias” de compreensão da compra e venda financiada, parece-nos, todavia, que nenhuma delas pode sequer aspirar a construir um autónomo modelo dogmático geral capaz de responder ao problema nuclear que este fenómeno nos coloca: o problema, repetimos, da admissibilidade da quebra da relatividade contratual. Efectivamente, não nos parece que se possa afirmar, em geral, através de qualquer juízo *a priori*, que a compra e venda financiada corresponde sempre a uma relação entre dois contratos em que cada um deles é a base negocial do outro. Essa afirmação só pode fazer-se caso a caso, em função do que resultar da concreta e singular investigação da vontade das partes, através da interpretação dos enunciados, expressos e implícitos, produzidos por

---

qual se caracteriza pelo facto de a coligação entre os contratos envolvidos ser assegurada por dois “nessos”: um “nesso funzionale” e um “nesso voluntario”. A referência ao “nesso funzionale” visa excluir do âmbito do “collegamento contrattuale in senso tecnico” todos os casos de “coligação genética”, isto é de estabelecimento de relações de interdependência no plano da formação dos contratos imbricados na coligação. O termo “funzionale” visa precisamente acentuar que se trata de laços de interdependência que actuam na fase de funcionamento, de execução (svolgimento), das relações contratuais. Por seu turno, o “nesso voluntario” exprime a exigência de a coligação – e as relações de interdependência e intercomunicabilidade que ela desencadeia – resultar de uma específica vontade das partes (excluindo, portanto, a coligação *ex vi legis*), a tal ponto de se falar numa espécie de negócio jurídico coligante (“una sorta di negozio di collegamento”), que teria o efeito de coordenar os contratos em ordem à realização de um escopo económico comum. Sobre a figura do “collegamento contrattuale in senso tecnico”, ver GILDA FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contrato e impresa*, 2000, n.º 1, pp. 129 e ss.

Mas, como se adiantou, só à primeira vista a noção de ANTUNES VARELA corresponde aos contornos do “collegamento contrattuale in senso tecnico”, porquanto o autor português reconduz à moldura conceitual da coligação funcional de contratos alguns casos de “coligação genética” (pense-se, por exemplo, no caso de um contrato ser o motivo, ou constituir a base, de um outro). Deve reconhecer-se, todavia, que a amplitude que ANTUNES VARELA confere à noção de coligação de contratos – em consonância, aliás, com a tendência dominante na doutrina nacional –, que acaba por fragmentá-la numa série de remissões para figuras de vocação genérica (como a condição, os motivos, a base do negócio, e o sinalagma), compromete seriamente a possibilidade da sua autonomização dogmática – sobre esta questão, ver Rui Pinto Duarte, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 53-54.

cada uma delas. E o que se diz da base do negócio, vale também, nos mesmos termos, para a condição, o motivo, o fim ou a causa do negócio. Em qualquer dos casos, tratar-se-á sempre de procurar na própria vontade das partes, ou nas determinações que a motivam ou condicionam, a regulação das eventuais conexões entre os contratos sobre os quais se constrói a compra e venda financiada<sup>16</sup>. Não se irá além do exercício hermenêutico de indagar essa vontade, ficando por enfrentar o verdadeiro e específico problema desta particular conflagração contratual: o problema da admissibilidade e dos pressupostos da limitação ao princípio da relatividade dos contratos.

Parece-nos também inconveniente, sob o ponto de vista metodológico, o exercício consistente em interpretar as disposições legais relativas à compra e venda financiada em função da posição previamente adoptada quanto à sua recondução a um determinado figurino jurídico-negocial. O facto de, por exemplo, se entender que na compra e venda financiada um contrato é a base negocial do outro<sup>17</sup> não pode servir para interpretar o art.12.º/2 do RJCC no sentido de dele retirar os efeitos resultantes da aplicação da doutrina da base do negócio<sup>18</sup>. Cremos

---

<sup>16</sup> Orientação que, aliás, pode revelar-se perigosa para o consumidor. Quem faça depender as relações de conexão entre os contratos daquilo que resultar da vontade das partes, da sua auto-regulação de interesses, corre sempre o risco de esbarrar em estipulações contratuais que tenham por objecto a sua separação e imunização recíproca (*Trennungsklauseln*).

<sup>17</sup> Entendimento já de si discutível, uma vez que envolve a formulação de uma proposição genérica sobre um ponto que, pela sua própria natureza, apenas em cada caso se pode esclarecer, através da interpretação dos enunciados negociais das partes.

<sup>18</sup> Salvo erro, parece-nos ser precisamente esta a posição de F. GRAVATO MORAIS. Segundo o autor (ob.cit. p. 411), “o problema dos efeitos da união de contratos de crédito e de venda para consumo encontra justificação (...) na doutrina da base do negócio, a qual deve ser complementada pela ideia de valorização do nexo de corresponsabilidade entre prestações resultantes de contratos diversos”. Mais adiante, Gravato de Morais, ob. cit. p. 414, afirma que o art. 12.º/2 do RJCC “reflecte” a orientação, que diz ser geralmente partilhada pela doutrina e jurisprudência, segundo a qual “a extinção da base negocial do contrato de crédito, por incumprimento grave do vendedor, pode gerar a resolução do crédito”. Parece, pois, que, para F. GRAVATO MORAIS, o regime legal estabelecido naquele preceito assentaria numa espécie de presunção (?) de que, na perspectiva das partes, o contrato de compra e venda seria a

que se trata de uma metodologicamente nociva confusão entre os planos da interpretação da lei e da interpretação negocial. Não cremos que seja metodologicamente saudável imputar a uma norma incidente sobre certa figura contratual (no caso, a compra e venda financiada) o sentido consentâneo com aquela que se presume, em geral, ser a vontade das partes (ou as condições ou pressupostos que a determinam) em tais casos.

Enfim, não excluindo que, em cada caso concreto de ocorrência de uma compra e venda financiada, se possam encontrar soluções decisórias no quadro das categorias tradicionais do direito civil (designadamente, como vimos, a doutrina da base do negócio e a coligação de contratos), cremos que a questão dogmática que verdadeira e autonomamente se põe à ciência jurídica é a de saber se o ordenamento jurídico oferece algum remédio específico – e, se oferecer, em que condições e com que amplitude – que, passando pela abertura de desvios ao princípio da relatividade dos contratos, proteja o consumidor dos riscos, também específicos, em que incorre no âmbito desta peculiar modalidade de aquisição de bens a crédito.

Nas linhas seguintes, o que procuramos é, justamente, de modo breve e esquemático, identificar esses remédios, aproveitando para fazer o confronto entre o direito vigente (RJCC) e as soluções propugnadas no AntpCCons.

---

base negocial do contrato de crédito. O legislador teria criado tal disposição por força do reconhecimento da aplicação da doutrina da base do negócio. Não concordamos com este modo de equacionar o problema. Além das objecções de natureza metodológica que referimos em texto, parece-nos que a tese de F. GRAVATO MORAIS sofre de alguma inconsistência interna. Com efeito, se o legislador, ao estabelecer o regime do art. 12.º do RJCC, tivesse sido determinado pela redução da compra e venda financiada aos quadros da doutrina da base negocial, o mais lógico é que não tivesse criado regime especial nenhum, antes remetendo para as normas gerais em que tal doutrina se acha consagrada (arts. 252.º e 437.º do Código Civil).

### **3.2. O risco de ineficácia do contrato de crédito**

#### **3.2.1. A solução estabelecida no art. 12.º/1 do RJCC**

Vimos antes que um dos riscos que ameaça o consumidor que se envolve numa compra e venda financiada consiste, em razão da ineficácia do contrato de mútuo, na possibilidade de aquilo que seria uma aquisição a crédito se transformar inopinadamente numa aquisição a pronto, com a correspondente falta de liquidez imediata.

Esta hipótese é susceptível de oferecer-se em duas configurações típicas: pode, desde logo, suceder que o mutuante, invocando a ineficácia do contrato de mútuo, se recuse a disponibilizar o capital previsto – caso em que o consumidor se sujeita ao risco de incumprir o dever de pagamento a pronto que o vincula ao vendedor e de sofrer as consequências típicas da responsabilidade contratual; mas também é possível que o mutuante apenas invoque a ineficácia do contrato depois de haver confiado a quantia mutuada ao consumidor – caso em que a este se deparará a falta de liquidez para satisfazer a imediata obrigação de restituição.

Por forma a resguardar o consumidor destes riscos, o legislador, no art.º 12.º/1 do RJCC, prescreve que “se o crédito for concedido para financiar o pagamento de um bem vendido por terceiro, a validade e eficácia do contrato de compra e venda depende da validade e eficácia do contrato de crédito, sempre que exista qualquer tipo de colaboração entre o credor e o vendedor na preparação ou na conclusão do contrato de crédito”.

Se, portanto, o contrato de mútuo (que é, naturalmente, o contrato de crédito por excelência) for ineficaz, o contrato de compra e venda também o será. Trata-se, por conseguinte, de uma solução normativa que, penetrando o dique oposto pelo princípio da relatividade dos contratos, faz repercutir, comunicando-lha, a ineficácia de um dos contratos no outro<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Sobre os pressupostos e o modo de actuação desta repercussão de ineficácia, ver a nossa ob.cit., pp. 117 e ss.

Por esta via, o consumidor fica eficazmente protegido do risco de ter de dispor de liquidez imediata: se o mutuante ainda não adiantou a quantia mutuada, a ineficácia comunicada ao contrato de compra e venda liberta-o da obrigação de pagamento do preço; se o mutuante exigir a restituição imediata da quantia mutuada já entregue directamente ao vendedor, este, em virtude da ineficácia do contrato em que é parte, fica obrigado a restituir ao consumidor o preço já recebido.

### 3.2.2. A solução estabelecida no art. 305.º do AntpCCons.

Nos termos do art. 305.º/1 do AntpCCons., quando se verificar a hipótese de “coligação de contratos” prevista no art. 304.º, “(...) a ineficácia do contrato de mútuo ou do contrato de abertura de crédito, seja qual for a causa que a produza, acarreta a ineficácia do contrato através do qual o consumidor adquire o bem ou o serviço.”

O art. 304.º do AntpCCons., por seu turno, estabelece o seguinte:

“1. Existe uma coligação entre, por um lado, o contrato através do qual o consumidor adquire o bem ou o serviço e, por outro lado, o contrato de mútuo ou de abertura de crédito, por ele também celebrado, sempre que o segundo se destine, total ou parcialmente, a financiar o pagamento do preço devido por força do primeiro e entre ambos se constitua uma unidade económica.

2. Sem prejuízo de a mesma poder resultar de outras circunstâncias, considera-se, em especial, que se acha constituída uma unidade económica entre os contratos referidos no número anterior quando seja o próprio fornecedor do bem ou do serviço a financiar a sua aquisição, assim como, na hipótese de o financiador ser um terceiro, quando este se sirva da colaboração do fornecedor, quer na preparação, quer na conclusão do contrato de mútuo ou de abertura de crédito.”<sup>20, 21</sup>

<sup>20</sup> Trata-se de uma formulação claramente inspirada no § 358 do BGB.

<sup>21</sup> Não obstante a expressão usada no art. 304.º do AntpCCons. (“contratos coligados”), do que se trata aqui não é da remissão para qualquer categoria de natureza jurídico-negocial. A “coligação de contratos” que é recortada nesta disposição do

Na sua essência, e nos seus traços fundamentais, a solução normativa para que aponta o art. 305.º do AntpCCons. não se afasta muito do regime adoptado no art. 12.º/1 do RJCC. Quanto à estatuição, e embora a formulação do texto normativo não seja exactamente igual<sup>22</sup>, em ambas as disposições se adopta o mecanismo da repercussão da ineficácia do contrato de crédito no contrato de compra e venda.

Quanto à previsão, coincidindo os dois textos normativos na exigência do *elemento teleológico* consistente em o crédito *se destinar* ao financiamento do pagamento do preço devido ao vendedor, divergem quanto ao outro pressuposto adicional que em ambos se prevê. Na verdade, enquanto que o art. 12.º/1 do RJCC exige que exista qualquer tipo de colaboração entre o credor e o vendedor na preparação ou na conclusão do contrato de crédito, no art.305.º do AntpCCons. (por efeito da remissão feita para o art. 304.º) determina-se que entre ambos se constitua uma “unidade económica” (*Wirtschaftliche Einheit*)<sup>23</sup>.

Embora o art. 304.º do AntpCCons. presuma, de forma inidível, que o requisito da “unidade económica” se verifica quando o mutuante se sirva da colaboração do vendedor na preparação ou na conclusão do

---

AntpCCons. é uma hipótese absolutamente objectiva, que não envolve qualquer elemento ou requisito volitivo, nem nenhuma espécie de “vontade coligante” dos sujeitos envolvidos.

<sup>22</sup> Enquanto que no art.12.º/1 do RJCC se diz que a validade e a eficácia do contrato de crédito dependem da validade e eficácia do contrato de compra e venda, no art. 305.º do AntpCCons. dispõe-se que a ineficácia do primeiro destes contratos acarreta a ineficácia do segundo. Esta formulação parece mais apurada tecnicamente. Para além de a invalidade ser uma modalidade de ineficácia em sentido amplo, não parece que faça muito sentido fazer-se depender a validade de um negócio da validade de um outro negócio. O âmbito da categoria da validade (ou invalidade) do negócio jurídico cinge-se aos seus elementos intrínsecos, não contemplando circunstâncias ou elementos exteriores, como, por exemplo, um outro contrato.

<sup>23</sup> Refira-se que a aplicação da categoria da “unidade económica” (*Wirtschaftliche Einheit*), longamente trabalhada e apurada pela jurisprudência alemã (sobretudo antes da *Verbraucher Kreditgesetz* de 1991, que a consagrou legislativamente) acaba de ser introduzida no Direito Europeu, através da primeira alteração à Proposta de Directiva do Parlamento e do Conselho (COM/2002/0443), dirigida à alteração da Directiva 87/102/CEE relativa ao crédito ao consumo [a referida alteração à Proposta de Directiva, da autoria da Comissão, corresponde ao documento COM(2004)747 final].



contrato de crédito, abre ao julgador a possibilidade de a considerar constituída noutras circunstâncias.

Parece-nos, portanto, que o regime adoptado no AntpCCons. é mais generoso para o consumidor, uma vez que abre mais o leque das hipóteses em que a ineficácia do contrato de mútuo se pode repercutir no contrato de compra e venda.

### ***3.3. O risco de ineficácia ou de incumprimento do contrato de compra e venda***

#### ***3.3.1. No quadro do direito em vigor***

Como já referimos, o outro risco que fragiliza a posição do consumidor – e porventura o mais frequente e ameaçador – consiste na possibilidade de este, na hipótese da ineficácia do contrato de compra e venda, ou do seu incumprimento por parte do vendedor, se ver desmunido, em face, outra vez, das implicações do princípio da relatividade dos contratos, do poder de recusar ou suspender as prestações de reembolso do mútuo. Vendo a mesma realidade a partir de um outro ângulo, pode dizer-se, portanto, que o consumidor se pode achar compelido a pagar por aquilo que não tem, ou que não tem como devia ter.

Na nossa perspectiva, no direito português só há três soluções normativas que, embora com alcance limitado, contribuem para inocuizar parte deste risco – que, como temos vindo a sublinhar, é inato à fragmentação contratual que caracteriza a compra e venda financiada. Falamos dos arts. 8.º/3 e 19.º/3 do Decreto-Lei 143/2001, de 26 de Abril, e 16.º/6 do Decreto-Lei 275/93, de 5 de Agosto.

##### ***3.3.1.1. Os arts. 8.º/3 e 19.º/3 do DL 143/2001, de 26 de Abril***

Os arts. 8.º/3 e 19.º/3 do Decreto-Lei 143/2001, de 26 de Abril, no que concerne, respectivamente, às matérias dos contratos a distância e dos contratos ao domicílio, estabelecem o seguinte: “sempre que o preço do bem ou serviço for total ou parcialmente coberto por um

crédito concedido pelo fornecedor ou por um terceiro com base num acordo celebrado entre este e o fornecedor, o contrato de crédito é automática e simultaneamente tido por resolvido, sem direito a indemnização, se o consumidor exercer o seu direito de livre resolução (...).”

Como se vê, o legislador, quando o crédito tenha sido concedido ao consumidor “com base num acordo celebrado” entre o mutuante e o vendedor<sup>24</sup>, também aqui acolhe uma solução que assenta na técnica da repercussão de ineficácia (a resolução é, paradigmaticamente, um acto gerador de ineficácia em sentido estrito) do contrato influenciante no contrato influenciado \_ sendo que, agora, o influenciante é a compra e venda e o influenciado o mútuo.

Trata-se, todavia, como adiantámos, de uma repercussão de ineficácia com um alcance limitado. Diríamos mesmo, com um alcance triplamente limitado. Limitado, em primeiro lugar, porque apenas se aplica quando o contrato de compra e venda se conclua a distância ou no domicílio do consumidor. Limitado, em segundo lugar, porque se circunscreve ao caso em que a ineficácia do contrato de compra e venda resulta da sua resolução. Limitado, em terceiro lugar, porque a única resolução contemplada é aquela que opera como instrumento de exercício do direito de reflexão que a lei confere ao consumidor, com exclusão daquelas hipóteses em que se alicerce noutra fundamento, como, por exemplo, o incumprimento do contrato de compra e venda.

### 3.3.1.2. O art. 16.º/6 do Decreto-Lei 275/93, de 5 de Agosto

O art. 16.º/6 do Decreto-Lei 275/93, de 5 de Agosto (diploma que estabelece o regime jurídico do direito real de habitação periódica e dos direitos de habitação turística – vulgo *time-sharing*), dispõe que

---

<sup>24</sup>Atente-se na diferença entre a *fattispecie* dos arts.8.º/3 e 19.º/3 do Decreto-Lei 143/2001, de 26 de Abril, e o recorte da previsão do art. 12.º/1 do RJCC: enquanto que aqui basta que o vendedor colabore com o mutuante na preparação ou conclusão do contrato de mútuo, ali, indo (muito) mais além, o legislador exige que o contrato de crédito seja concluído no quadro da execução de um acordo prévio celebrado entre os dois profissionais.

“se o preço do bem imóvel, sujeito ao regime de direitos reais de habitação periódica, for total ou parcialmente coberto por um crédito concedido pelo vendedor, ou por terceiro com base num acordo entre este e o vendedor, o contrato de crédito é resolvido sem direito a indemnização, se o adquirente exercer o direito de resolução previsto nos números anteriores”<sup>25</sup>.

Com ligeiras variações de redacção, este preceito legal é um verdadeiro clone normativo da solução que vimos ser adoptada no regime dos contratos a distância e ao domicílio. Também no domínio dos contratos de aquisição de direitos em regime de *time-sharing*, o legislador prescreveu a repercussão da ineficácia do contrato de compra e venda, desde que derivada da resolução veiculadora do exercício do direito de reflexão atribuído ao consumidor, no contrato de concessão de crédito<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Trata-se do direito de (livre) resolução que a lei atribui ao consumidor para que este, reflectindo melhor e mais detidamente depois de celebrado o contrato, possa dar expressão e eficácia ao seu eventual arrependimento.

<sup>26</sup> Cabe aqui esclarecer que nos parece ser de afastar qualquer tentativa de estender teleologicamente o âmbito de aplicação dos arts. 8.º/3 e 19.º/3 do Decreto-Lei 143/2001, de 26 de Abril, e 16.º/6 do Decreto-Lei 275/93, de 5 de Agosto, no sentido de sujeitar ao mecanismo de repercussão de ineficácia que nestes preceitos se institui todos os casos de compra e venda financiada de consumo, e, mais do que isso, todas as excepções emergentes do contrato de compra e venda, que não apenas a resolução fundada no direito de arrependimento do consumidor. É que, segundo cremos, a *ratio legis* inspiradora daquelas específicas soluções legais, ao invés de reflectir uma tomada de posição genérica sobre o problema da repercutibilidade das excepções concernentes ao contrato de aquisição no âmbito da compra e venda financiada, está umbilicalmente ligada à própria peculiaridade da *fattispecie* pressuposta. Tal *ratio legis* apenas consiste na necessidade de, por um lado, preservar a liberdade de decisão do consumidor quanto ao exercício de qualquer um daqueles direitos de resolução e, por outro lado, garantir a consistência do resultado material da resolução. De facto, a circunstância de o consumidor, não obstante a cessação de eficácia (por meio do accionamento da resolução) do contrato de aquisição, permanecer obrigado perante o financiador, constituiria decerto constrangimento inibidor do exercício do seu direito de se desprender do negócio, uma vez que, na prática, apesar de nada adquirir (por virtude do efeito extintivo da resolução) continuaria ele (consumidor) sujeito ao pagamento do preço – embora nas vestes, formalmente diferentes, de prestações de reembolso do mútuo

3.3.1.3. A falta de transposição, para o direito interno, do princípio da proibição do enfraquecimento da posição jurídica do consumidor consagrado no art. 11.º/1 da DCC<sup>27</sup>

Sendo este o panorama do direito português no que concerne a medidas legislativas de protecção do consumidor em face do risco de ineficácia ou incumprimento do contrato de aquisição no âmbito da compra e venda financiada – medidas cuja amplitude se resume ao curto raio de acção das disposições que identificámos no ponto anterior –, entendemos que o ordenamento jurídico português está em falta com o preceituado no art. 11.º/1 da DCC.

Nesta disposição, o legislador europeu impõe aos Estados-membros o dever de assegurarem “(...) que a existência de um contrato de crédito não influenciará de maneira alguma os direitos do consumidor contra o fornecedor dos bens ou serviços adquiridos ao abrigo desse contrato, nos casos em que os bens e serviços não sejam fornecidos ou de qualquer modo não estejam em conformidade com o contrato relativo ao seu fornecimento”.

Parece-nos que o art.º 11.º/1 da DCC (cuja hermenêutica se encontra estranhamente ausente da maior parte das monografias e comentários relativos a esta matéria) consagra o princípio da proibição

---

(acrescidas dos juros). Por outro lado, se a resolução do contrato de compra e venda não contaminasse o contrato de mútuo, ficaria seriamente comprometida a consistência do seu resultado material, na medida em que, no fim de contas, o consumidor, mesmo resolvendo o contrato de aquisição, permaneceria enredado na execução de uma relação jurídica com ele estreitamente conexas. O consumidor, afinal, e em prejuízo do objectivo último da atribuição de um direito de resolução, não ficaria livre de qualquer compromisso. Parece-nos, por outro lado, que podendo embora fazer algum sentido a respeito das excepções de ineficácia, tal extensão teleológica seria pouco consentânea com o jogo de interesses subjacente à excepção de incumprimento do contrato de compra e venda.

<sup>27</sup> 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, entretanto alterada pelas Directivas 90/88/CEE do Conselho, de 22/02/90, e 98/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16/02/98.

do enfraquecimento da posição jurídica do consumidor que, na compra e venda financiada, beneficia de crédito concedido pelo mutuante.

Segundo este princípio, o consumidor que, como comprador, intervém numa compra e venda financiada não pode ser prejudicado pelo facto de o crédito ser concedido por um terceiro (o mutuante), designadamente no que concerne a um eventual incumprimento do vendedor. É esse o significado que se desprende do segmento do texto da DCC em que se impõe que “*a existência de um contrato de crédito não influenciará de maneira alguma os direitos do consumidor contra o fornecedor...*”.

Com isto, quer o legislador europeu significar que o facto de o financiamento ser assegurado por um terceiro não pode afectar (não pode *influenciar*) os mecanismos de reacção de que o consumidor dispõe em face do vendedor. A esta proibição do enfraquecimento da posição jurídica do consumidor é inerente o propósito da conservação da posição jurídica de que o consumidor desfrutaria não fosse a existência de um contrato de crédito.

O sentido e o alcance deste princípio compreendem-se integralmente no contexto do paralelismo que já tivemos oportunidade de estabelecer entre a situação jurídica resultante da simples compra e venda a prestações e aquela, mais complexa e atomizada, que caracteriza a compra e venda financiada. Pretendemos com isto dizer que o que dá substância normativa específica ao princípio enunciado no art. 11.º/1 da DCC é a determinação de que o consumidor que adquire bens a crédito por via do esquema da compra e venda financiada *não pode ficar pior* do que estaria se o crédito lhe fosse concedido pelo próprio vendedor, por efeito de uma compra e venda a prestações. O princípio da proibição de enfraquecimento da posição jurídica do consumidor é, pois, um princípio de *proibição de o consumidor ficar pior* do que estaria se o crédito lhe fosse concedido pelo vendedor por meio do instrumento contratual da compra e venda a prestações (*Verbot der Schlechterstellung*)<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Parece-nos, portanto, que o art.º 11.º/1 da DCC terá consagrado o princípio da *Verbot der Schlechterstellung*. No mesmo sentido, SIBYLLE KESSAL-WULFF, *Staudinger*

A transposição deste princípio para o direito interno exigiria a introdução de uma norma que, em geral, conferisse ao consumidor a legitimidade necessária para, no âmbito da compra e venda financiada,

---

*BGB*, Neubearbeitung 2004, § 358, Rn 16-19. A formulação original deste princípio coube ao BGH, no âmbito da jurisprudência produzida a propósito do *B. Geschäft* (uma particular modalidade de compra e venda financiada \_ para mais pormenores, pode ver-se a nossa ob.cit. pp 105-106), servindo de instrumento de concretização do princípio da boa fé em que se apoiava a protecção do comprador (P. HEERMANN, ob.cit., p. 213). Esta máxima jurisprudencial nunca deixou de servir de parâmetro orientador na resolução dos problemas postos pelo *B. Geschäft* – em particular a respeito do *Einwendungsdurchgriff* (isto é, da prerrogativa de o consumidor se recusar ao reembolso do mútuo com base em excepções que lhe permitiriam sustar o pagamento das prestações ao vendedor, acaso tivesse sido ele a conceder-lhe o crédito). A provar a sua utilidade aí está o facto de a exposição de motivos da *Verbraucher Kreditgesetz* se lhe referir como fundamento justificador do *Einwendungsdurchgriff* previsto no § 9/3 (preceito correspondente ao actual § 359 do *BGB*) \_ neste sentido, BARBARA DAUNER-LIEB, *Verbraucherschutz bei verbundenen Geschäften* (§ 9 *VerbrKrG*), ZWB, 1991, pp. 4-5.

A ideia nuclear do princípio da *verbot der Schlechterstellung* é a de que o desmembramento (*Aufspaltung*) de uma operação economicamente unitária em dois contratos jurídico-formalmente distintos não deve colocar o consumidor em pior situação do que estaria se o crédito fosse directamente concedido pelo vendedor no quadro de um contrato de compra e venda a prestações. Trata-se, portanto, de determinar a posição jurídica do consumidor que, de facto e realmente, se acha envolvido numa compra e venda financiada em função de uma coordenada que não é mais do que uma situação hipotética e conjectural (M. J. MARÍN LÓPEZ, *La compraventa financiada de bienes de consumo*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2000, p. 258) – aquela situação que se verificaria se o consumidor, em vez de um contrato de mútuo e de um contrato de compra e venda, apenas celebrasse um contrato de compra e venda a prestações.

Note-se, contudo, que a ideia da *Verbot der Schlechterstellung* não tem vivido sem críticas. P. HEERMANN, ob. cit., p. 213, considera que não faz sentido fundamentar a solução de casos com dimensão trilateral num parâmetro que remete para uma relação meramente bilateral como é aquela que resulta da simples compra e venda a prestações. Por seu turno, CANARIS, *Bankvertragsrecht*, 2.ª Ed., pp. 717-718, considera que o princípio rector em matéria de *B. Geschäft* não deveria ser o da *Verbot der Schlechterstellung*, mas, diversamente, o princípio da proibição de deixar o comprador desmunido de qualquer direito (*Verbot der Rechtslosigkeit*). Esta diferenciação sustentada por CANARIS – de par com a ideia de o contrato de compra e venda ser “a base” (*Geschäftsgrundlage*) do contrato de mútuo (pois constituiria os seus *Sinn und Zweck*) – condu-lo, de resto, a negar a possibilidade de o comprador poder recusar o reembolso do mútuo com base na mera excepção do não cumprimento do vendedor (aquilo a que o autor se refere como *dilatorische Kleinkriege*).

recusar ou suspender as prestações de reembolso do mútuo em todos os casos em que, nas mesmas circunstâncias, pudesse recusar ou suspender o pagamento das prestações ao vendedor, na hipótese de a concessão de crédito assumir a forma contratual de uma compra e venda a prestações.

Só através desta desconsideração da relatividade dos contratos de que se forma a compra e venda financiada – de modo a permitir a contaminação do mútuo pelas perturbações da compra e venda – é possível assegurar que o *estatuto* de que o consumidor beneficia quando compra a prestações (*estatuto* que incorpora, desde logo, o poder de cessar o pagamento das prestações sobranes em reacção ao incumprimento do vendedor) não sofra qualquer ablação por meio da interferência financiadora do mutuante. Efectivamente, e de outro modo, o consumidor, ao invés do que lhe seria permitido no caso de comprar a prestações, seria forçado a prosseguir ininterruptamente o programa de pagamentos parciais preestabelecido mesmo na hipótese de o vendedor não cumprir. O que envolve para o consumidor uma dupla desvantagem: por um lado, tem de cumprir pontual e completamente a sua obrigação sem poder, ao mesmo tempo, beneficiar da respectiva contrapartida económica que é a plena disponibilidade do objecto comprado; por outro lado, vê-se impedido de usar um valioso instrumento de pressão sobre o vendedor.

Ora como, a nosso ver, uma tal norma não existe no direito português (veremos, a seguir, que o art. 12.º do RJCC não é, de todo, essa norma), consideramos que, neste ponto, o legislador nacional não cumpriu cabalmente a imposição constante do art.11.º da Directiva.

#### 3.3.1.4. O sentido e a função do art.12.º/2 do RJCC

Como já deixámos realçado, os arts. 8.º/3 e 19.º/3 do Decreto-Lei 143/2001, de 26 de Abril, e 16.º/6 do Decreto-Lei 275/93, de 5 de Agosto, esgotam o elenco das disposições legais que, no ordenamento jurídico nacional, instituem medidas normativas que se traduzem na repercutibilidade de excepções (mais exactamente, *uma* excepção: a resolução do contrato com fundamento no direito ao arrependimento)

do contrato de compra e venda no contrato de mútuo. Significa isto também que não existe no direito português nenhum preceito que, com alcance geral, estabeleça directamente qualquer solução que, abrindo brechas nas barreiras levantadas pelo princípio da relatividade, permita ao consumidor envolvido numa operação de compra e venda financiada recusar ou suspender o pagamento das prestações de reembolso do mútuo com base na invocação, por exemplo, da nulidade do contrato de compra e venda ou do incumprimento do vendedor. Acabámos, de resto, no ponto anterior, de defender a ideia de que esta circunstância representa uma falha na transposição da DCC, consistente na omissão de medidas legislativas capazes de concretizarem e densificarem o princípio enunciado no seu art. 11.º/1.

Pensamos, portanto, que no art. 12.º/2 do RJCC<sup>29</sup> não se estabelece qualquer solução que se exprima ou se projecte na possibilidade de “sensibilizar” o contrato de mútuo às vicissitudes ou ocorrências do contrato de compra e venda, tornando-o permeável às excepções que neste se radiquem<sup>30</sup>. De forma pouco mais que telegráfica, desfiamos, a seguir, os argumentos em que sustentamos a nossa posição.

a) O primeiro apoio argumentativo para a posição que perfilhamos situa-se logo no plano do significado imediatamente inferível da letra da lei. Se bem se reparar, o art.º 12.º/2 do RJCC utiliza dois termos cujos sentidos não se coadunam com a configuração da excepção. Diz-

---

<sup>29</sup> É o seguinte o teor do preceito: “O consumidor pode demandar o credor em caso de incumprimento ou de cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda por parte do vendedor desde que, não tendo obtido do vendedor a satisfação do seu direito, se verifiquem cumulativamente as seguintes condições: a) Existir entre o credor e o vendedor um acordo prévio por força do qual o crédito é concedido exclusivamente pelo mesmo credor aos clientes do vendedor para aquisição de bens fornecidos por este último; b) Ter o consumidor obtido o crédito no âmbito do acordo prévio referido na alínea anterior”.

<sup>30</sup> Em sentido oposto, F. GRAVATO MORAIS, que, além de considerar que o art. 12.º do RJCC determina as condições em que o consumidor pode opor ao mutuante a excepção do incumprimento do contrato de compra e venda (ob. cit., pp. 246 e ss), admite também (ob.cit., pp.179 e ss) que nele se funda a legitimidade de o consumidor resolver o contrato de mútuo uma vez resolvido o contrato de compra e venda.



-se, num primeiro momento, que o consumidor “*pode demandar o credor...*”.

Ora aquele que demanda<sup>31</sup> assume uma atitude processual activa, que não se confunde com o posicionamento defensivo daquele que, em reacção a pedido contra ele dirigido, brande a procedência de alguma excepção capaz de impedir, modificar ou extinguir o direito do credor. O demandante, por natureza, não excepçiona – deduz um pedido ao qual, isso sim, o demandado pode opor uma excepção<sup>32</sup>.

Num segundo momento, o legislador, definindo um dos requisitos do art.º 12.º/2 esclarece que apenas é de admitir a demanda do credor quando o consumidor não tenha “obtido do vendedor a *satisfação* do seu *direito*”. O que mostra que o legislador tem em vista os casos em que o consumidor exige do mutuante a realização de uma prestação que *satisfaça* o seu direito. Por outras palavras, trata-se de casos em que a demanda do consumidor se baseia num direito de crédito, pois só os direitos deste tipo são susceptíveis de serem *satisfeitos* através do comportamento de outrem, constitutivo da prestação devida. Por conseguinte, nem sequer cabe incluir no conceito de “direito”, usado no art.º 12.º/2 do RJCC, a excepção em sentido próprio, entendida como contra-direito<sup>33</sup>, uma vez que este se cumpre por si mesmo, não carecendo de qualquer comportamento do devedor que o *satisfaça*<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> O “demandante” é precisamente aquele “que requer do tribunal a providência adequada”, por via disso promovendo e impulsionando a actividade judicial – nesse sentido, ver VARELA/BEZERRA/NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra Ed., 1985, p. 5.

<sup>32</sup> “Excepções em sentido geral (ou impróprio) são razões de não acolhimento do pedido do autor [o demandante] (...)” – CASTRO MENDES, *Direito processual civil*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1987, p. 567.

<sup>33</sup> A excepção em sentido próprio consubstancia-se num “contra-direito que permite destruir ou paralisar o direito do autor” – CASTRO MENDES, *ob. cit.*, p. 566.

<sup>34</sup> O art. 19.º/2 da Proposta de Directiva do Parlamento e do Conselho (COM/2002/0443), apresentada em 2002 pela Comissão no sentido de se alterar a actual DCC – disposição correspondente ao art. 11.º/2 da Directiva em vigor (o qual, por seu turno, foi transposto para o direito interno pelo art. 12.º/2 do RJCC) –, vem, aliás, reforçar a nossa convicção. Na verdade, determina-se nessa disposição da Proposta de Directiva que “o mutuante e o fornecedor são obrigados a *compensar* o consumidor

b) Parece-nos, em segundo lugar, que o art.12.º/2 do RJCC não estabelece qualquer solução que tenha a ver com o problema da repercutibilidade das excepções do contrato de compra e venda no contrato de mútuo. Na previsão deste preceito não se encontra qualquer referência, ainda que implícita, a qualquer efeito que se produza no contrato de mútuo. Se o legislador pretendesse, no art. 12.º2, regular os termos e os pressupostos da comunicabilidade ao mútuo das perturbações e vicissitudes do contrato de compra e venda teria certamente usado um registo gramatical idêntico ao que utiliza no n.º 1 da mesma norma – onde, aí sim, como vimos, se regula uma relação de influência contratual (a relação, de sentido inverso, de influência do mútuo na compra e venda).

Ou, pelo menos, teria usado uma formulação idêntica àquela que utiliza nos arts. 8.º/3 e 19.º/3 do DL 143/2001, de 26 de Abril, e 16.º/6 do DL 275/93, de 5 de Agosto, onde, precisamente, se determina a comunicação da resolução do contrato de compra e venda ao contrato de mútuo.

O art. 12.º/2 não trata, pois, do problema da relação entre os contratos componentes da operação de compra e venda financiada. Trata, antes, dos pressupostos de cuja verificação depende a atribuição *ex lege* ao consumidor, em face do mutuante, de um direito que para ele (em face do mutuante) não resulta de nenhum dos contratos coexistentes na compra e venda financiada.

c) Afigura-se-nos, em terceiro lugar, que, do ponto de vista político-legislativo, o art. 12.º 2 do RJCC não visa responder à necessidade de

---

caso os bens não sejam fornecidos, sejam fornecidos parcialmente ou não estejam em conformidade com o contrato de fornecimento”. Por conseguinte, do que aqui se trata é de atribuir ao consumidor um direito de crédito (que tem por objecto uma prestação pecuniária *compensatória*) em face do financiador, que não a atribuição de legitimidade para recusar ou suspender o reembolso do mútuo. Curiosamente, no parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Proposta de Directiva da Comissão, de 17 de Julho de 2003, relatado por J. PEGADO LIZ, sugere-se que a expressão “compensação” seja substituída por “indenização” ([http://eescopinions.esc.eu.int/viewdoc.aspx?doc=\\esppub1\esp\\_public\ces\int\int159\pt\ces918-2003\\_ac\\_pt.doc](http://eescopinions.esc.eu.int/viewdoc.aspx?doc=\\esppub1\esp_public\ces\int\int159\pt\ces918-2003_ac_pt.doc)).

protecção do consumidor do risco que é inerente à conjugação do desmembramento contratual que caracteriza a compra e venda financiada com o funcionamento do princípio da relatividade dos contratos. A *ratio legis* da norma não é, pois, a de evitar que o consumidor fique pior do que estaria se o crédito fosse concedido pelo vendedor através do expediente, mais simples, da compra e venda a prestações.

Bem ao invés, politico-legislativamente, o art. 12.º/2 do RJCC, na medida em que torna o financiador subsidiariamente responsável (patrimonialmente responsável, como se fosse um fiador legal<sup>35</sup>) pelo incumprimento do contrato de compra e venda, visa colocar o consumidor em *melhor situação* do que estaria se o crédito fosse concedido pela via da compra e venda a prestações.

De facto, se ao consumidor é garantido demandar o mutuante, deduzindo contra ele pretensões que têm por objecto prestações (principais ou secundárias) que ao vendedor caberia realizar, é forçoso reconhecer que, por essa via, se lhe defere uma vantagem de que não beneficiaria se porventura o crédito fosse concedido directamente pelo vendedor, através de uma simples compra e venda a prestações. Efectivamente, se nesta hipótese o consumidor apenas ao próprio vendedor poderá exigir o cumprimento, a restituição ou a redução do preço, e até uma eventual indemnização, já no caso da compra e venda financiada, por força da solução adoptada no art.º 12.º/2 do RJCC, tem a faculdade adicional de, subsidiariamente, demandar o financiador – a que se junta, por consequência, o reforço da consistência prática dos seus direitos que resulta da garantia, também adicional, inerente à executabilidade dos bens de um segundo património. Em suma, na compra e venda financiada, o consumidor passa a gozar de uma posição jurídica melhor do que aquela que lhe oferece a simples compra e venda a prestações<sup>36, 37</sup>.

---

<sup>35</sup> Sobre a natureza jurídica da responsabilidade subsidiária do financiador estabelecida no art. 12.º/2 do RJCC, ver a nossa ob.cit., pp. 203 e ss.

<sup>36</sup> É precisamente esta a razão que leva a maioria da doutrina alemã a defender que a *VerbraucherKreditgesetz* (assim como, agora, o BGB) consagrou a negação do *Rückforderungsdurchgriff*, porquanto se trata de uma prerrogativa do consumidor que vai muito além do que exige (e do que permite) o princípio fundante da proibição da

d) Parece-nos, finalmente, que o facto de o legislador, no art. 12.º/2 do RJCC, apenas se ter referido ao incumprimento do contrato de compra e venda denota que não pretendeu tratar, nesta sede, do problema da comunicabilidade ao mútuo das perturbações e vicissitudes do contrato de compra e venda – mas apenas, repetimos, da responsabilidade subsidiária do financiador pelo incumprimento do contrato de compra e venda. Se fosse outro o propósito do legislador, decerto se teria previsto e regulado as implicações de uma hipótese tão importante como a da ineficácia do contrato de compra e venda – matéria que, contudo, é completamente alheia à previsão do preceito<sup>38</sup>.

---

*Verbot der Schlechterstellung* (princípio que tanto justifica o *Einwendungsdurchgriff* como proscreeve o referido *Rückforderungsdurchgriff*) – ver CANARIS “*Grundprobleme des Finanzierungsleasing im Lichte des Verbraucherkreditgesetzes*”, ZIP, 1993, p. 409 e ss; W. DÜRBECK, *Der Einwendungsdurchgriff nach § 9 Absatz 3 Verbraucherkreditgesetz*, München, V.V. Florentz, 1994, pp. 135-139; LARENZ/CANARIS *Lehrbuch des Schuldrechts II. Besonderer Teil, 2 Halbband, 13.ª ed.*, München, Beck, 1994, p. 117; A. FUCHS, *Zum Einwendungs- und Rückforderungsdurchgriff bei verbundenen Geschäften*, AcP, 1999, pp. 333-336.

<sup>37</sup> Tratando-se, assim, de colocar o consumidor em melhor posição do que estaria se o crédito lhe fosse concedido pelo vendedor através de um compra e venda a prestações, parece-nos compreensível a austeridade dos pressupostos de que depende a actuação da responsabilidade subsidiária do mutuante. O que já não é aceitável é que desses pressupostos se faça também depender a simples possibilidade de o consumidor, em caso de incumprimento do contrato de compra e venda, recusar ou suspender o pagamento das prestações de reembolso do mútuo. Aí, sim, seria desrespeitado o princípio da proibição de enfraquecimento da posição jurídica do consumidor. Naturalmente, no quadro do entendimento que vimos sustentando, não se corre o risco de violação desse princípio, uma vez que entendemos que o problema da repercutibilidade das excepções do contrato de compra e venda no contrato de mútuo não é objecto do art. 12.º/2 do RJCC.

<sup>38</sup> Como já tivemos oportunidade de defender na nossa ob.cit., pp 116 e ss, a falta, no ordenamento jurídico nacional de uma norma que, em geral, quanto à compra e venda financiada, regule o problema da repercutibilidade no mútuo das excepções oriundas do contrato de compra e venda representa uma verdadeira lacuna normativa. A este respeito, mantemos o que então dissemos: tal lacuna poderia ser colmatada através da extensão à compra e venda financiada, por via do *argumentum a maiore ad minus*, dos princípios do direito cambiário que permitem desvios às regras da inoponibilidade de excepções ao portador do título, em particular no que diz respeito

### 3.3.2. No quadro do AntpCCons.

#### 3.3.2.1. O art. 307.º do AntpCCons.

No que concerne à preservação da posição jurídica do consumidor em face do risco de ineficácia ou incumprimento do contrato de compra e venda – ou, dizendo de outro modo, o risco de, por força do princípio da relatividade dos contratos, ficar praticamente inerte perante perturbações ocorridas na formação ou na execução do contrato de compra e venda –, o AntpCCons. inclui uma disposição que nos parece inovadora. Falamos do seu art. 307.º/1, que, sob a epígrafe “Meios de defesa oponíveis ao financiador”, estabelece o seguinte: “Existindo uma coligação de contratos, o consumidor tem o direito de recusar ou suspender o reembolso da quantia mutuada ou efectivamente utilizada sempre que se apoie em qualquer excepção relativa ao contrato de aquisição do bem ou do serviço coligado que o legitimaria a, do mesmo modo, recusar ou suspender o pagamento do preço ao fornecedor”.

Nos termos desta disposição do AntpCCons., cuja fonte iniludível é o § 359 do BGB, sempre que entre os contratos de compra e venda e de mútuo se constitua a “unidade económica” em que se consubstancia a “coligação de contratos” que é definida no art. 304.º (para o qual remete o art. 307.º)<sup>39</sup>, o consumidor fica legitimado para, sob a invocação de uma excepção respeitante à relação jurídica da compra e venda, recusar ou suspender as prestações de reembolso do mútuo. Significa isto que a repercutibilidade das excepções se revela, aqui, como oponibilidade de excepções, segundo o figurino típico de um verdadeiro *Einwendungsdurchgriff*.

---

aos efeitos da “relação de colaboração planificada” entre o terceiro portador do título e o seu transmitente (com desenvolvimentos sobre a matéria pode ver-se a nossa ob.cit., pp.167 e ss).

<sup>39</sup> Constatata-se, assim, que, no AntpCCons, se encontram uniformizados os pressupostos de repercutibilidade de excepções entre os contratos integrantes da compra e venda financiada. Na verdade, a “unidade económica” entre os contratos é o pressuposto tanto da comunicabilidade à compra e venda da ineficácia do mútuo (art. 305.º), como da repercussão de excepções da compra e venda no mútuo (art. 307.º)

Se o contrato de compra e venda for nulo, ou se o afectar qualquer outra causa de ineficácia (com excepção da que se acha prevista no art. 306.º do AntpCCons., de que trataremos no ponto seguinte), o consumidor, verificado o requisito da “unidade económica”, está legitimado para recusar ou suspender o reembolso do mútuo. E igual prerrogativa lhe assiste se o vendedor incorrer no incumprimento do dever de entregar uma coisa conforme ao contrato<sup>40</sup>.

Creemos que esta disposição do AntpCCons., na medida em que consagra, em geral, a repercutibilidade, no contrato de mútuo, das perturbações e vicissitudes do contrato de compra e venda, assegura a concretização plena do princípio da proibição do enfraquecimento da posição jurídica do consumidor, assim evitando que a interposição de um terceiro financiador (que é típica da compra e venda financiada) o deixe pior do que estaria se o crédito fosse concedido pelo vendedor mediante um contrato de compra e venda a prestações (*Verbot der Schlechterstellung*)<sup>41</sup>.

### 3.3.2.2. O art. 306.º do AntpCCons.

O AntpCCons., no art. 306.º/1, nos casos em que a ineficácia do contrato de compra e venda resulte do exercício do direito de livre resolução por parte do consumidor (no quadro, portanto, do direito de reflexão e arrependimento), não segue o modelo do *Einwendungsdurchgriff*, adoptado, quanto às demais excepções, no art. 307.º.

---

<sup>40</sup> Note-se que não se trata exactamente de opor a excepção de não cumprimento do contrato de compra e venda ao mutuante. Por duas razões: em primeiro lugar porque, na compra e venda a pronto, o cumprimento imediato da obrigação do preço torna obrigatoriamente impossível tal excepção; em segundo lugar, porque não se trata de opor a excepção, mas do poder de recusar uma prestação com base numa excepção (que seria) oponível num outro contrato (*Leistungsverweigerungsrecht*).

<sup>41</sup> A conjugação, no art. 307.º do AntpCCons., do verbo “legitimar” no condicional (“qualquer excepção relativa ao contrato de aquisição do bem ou do serviço coligado que o *legitimaria* a, do mesmo modo, recusar ou suspender o pagamento do preço ao fornecedor) mostra bem que se tem em vista a situação hipotética em que o crédito fosse concedido no quadro da compra e venda a prestações.

Na verdade, em vez de atribuir ao consumidor o direito de recusar ou suspender as prestações de reembolso do mútuo, o art. 306.º do AntpCCons. estabelece que o exercício do direito de livre resolução do contrato de compra e venda “determina a ineficácia do contrato de mútuo ou de abertura de crédito”.

Há duas razões que justificam este desvio ao modelo de regulação do art. 307.º do AntpCCons. Por um lado, trata-se de assegurar de forma cabal a liberdade de exercício do direito de arrependimento, libertando o consumidor de qualquer constrangimento<sup>42</sup>. Por outro lado, visa-se respeitar as exigências de transposição das normas correspondentes das Directivas 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância (art.6.º), e 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro e 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 (art.7.º)<sup>43</sup>.

### 3.3.3. Breve balanço entre o direito vigente e o AntpCCons.

Se, num breve exercício final de balanço, compararmos o regime actualmente em vigor com as soluções avançadas no AntpCCons., parece-nos que este último protege mais ampla, intensa e eficazmente o consumidor em face do risco de ineficácia ou incumprimento do contrato de aquisição na hipótese de compra e venda financiada. Risco que, relembremo-lo, é inerente à combinação do efeito imunizante do princípio da relatividade dos contratos com o fraccionamento e atomização contratual que é peculiar da compra e venda financiada. O AntpCCons. é pois, a este respeito, mais favorável ao consumidor.

<sup>42</sup> Ver, a este respeito, o que dizemos, supra, na nota 26.

<sup>43</sup> Neste ponto, portanto, o AntpCCons. mantém a solução adoptada nos arts.8.º/3 e 19.º/3 do Decreto-Lei 143/2001, de 26 de Abril, que transpõem as normas das Directivas referidas em texto.

É mais favorável, desde logo, porque, sem tocar substancialmente no regime da responsabilidade subsidiária do mutuante (o art. 308.º do AntpCCons. mantém o regime do art. 12.º/2 do RJCC<sup>44</sup>), introduz no direito do consumidor português, na senda da tradição germânica (que também já se vai insinuando e infiltrando no direito da União Europeia<sup>45</sup>), uma cláusula geral de repercutibilidade das excepções da compra e venda financiada no contrato de mútuo (art. 307.º)<sup>46</sup>.

Deste modo, o consumidor que adquire a crédito no âmbito da compra e venda financiada beneficia de uma dupla protecção: por um lado, por força da solução acolhida no art. 307.º, não fica pior do que estaria se o crédito fosse concedido através de uma simples compra e venda a prestações (não sendo, assim, em obediência ao princípio consagrado no art. 11.º/1 da DCC, prejudicado pela interposição financiadora de um terceiro); por outro lado, nas hipóteses em que se verificarem os pressupostos da responsabilidade subsidiária do financiador (art. 308.º), fica mesmo melhor do que estaria nessa outra situação hipotética.

Mas o AntpCCons. é ainda mais favorável nos casos em que mantém a solução do direito vigente, na medida em que torna menos apertados os requisitos de que depende a sua aplicação. É o que sucede com o art. 306.º, que generaliza, como vimos, o regime de comunicação de ineficácia estabelecido nos arts.8.º/3 e 19.º/3 do Decreto-Lei 143/2001, de 26 de Abril. Efectivamente, nos termos daquela disposição

---

<sup>44</sup> Embora lhe acrescente, no n.º 2, algumas presunções que podem aligeirar o ónus probatório a cargo do consumidor.

<sup>45</sup> Como demonstra a introdução, na primeira alteração à Proposta de Directiva, da noção da *Wirtschaftliche Einheit* – ver, supra, nota 23.

<sup>46</sup> Repare-se, aliás, que mesmo quem entenda que o consumidor pode, ao abrigo do art. 12.º/2 do RJCC, recusar o pagamento das prestações do mútuo com base na excepção de incumprimento do contrato de compra e venda, há-de reconhecer que a solução estabelecida no art. 307.º do AntpCCons. é mais amigável do consumidor. Com efeito, ao passo que, no regime em vigor, essa possibilidade está dependente da verificação dos rigorosíssimos pressupostos listados no art. 12.º do RJCC, no âmbito da disciplina proposta no AntpCCons. não é preciso mais do que demonstrar que entre os contratos de compra e venda e de mútuo se acha constituída a “unidade económica” prevista no art. 304.º



do AntpCCons. não é preciso, para que a resolução do contrato de compra e venda acarrete a ineficácia do mútuo, que o crédito tenha sido concedido ao consumidor no contexto da execução de um acordo celebrado entre o vendedor e o mutuante. Basta, mais simplesmente, que se ache constituída entre os dois contratos a “unidade económica” a que se reporta o art. 304.º (o que, como vimos, se presume quando o mutuante se sirva da colaboração do vendedor na preparação ou na conclusão do contrato de mútuo).

# PROCEDIMENTOS DE REESTRUTURAÇÃO DO PASSIVO DO DEVEDOR INSOLVENTE

ANTÓNIO JOSÉ FIALHO

Juiz de Direito

*«E os que caírem em pobreza sem culpa sua, por receberem grandes perdas no mar, ou na terra em seus tratos e comércios lícitos, não constando de algum dolo, ou malícia, não incorrerão em pena alguma crime. E neste caso serão os autos remetidos ao Prior e Consules do Consulado, que os procurarão concertar e compor com seus credores, conforme a seu Regimento.»*

*Ordenações Filipinas*

*Livro LXVI - § 8.º*

## PROCEDIMENTOS DE REESTRUTURAÇÃO DO PASSIVO DO DEVEDOR INSOLVENTE DE BOA FÉ

### I. INTRODUÇÃO

O sobreendividamento configura a situação em que o devedor se encontra na impossibilidade de pagar o conjunto das suas dívidas, de uma forma duradoura ou estrutural, ou mesmo a ameaça séria de que o não possa vir a fazer no momento em que essas obrigações se tornem exigíveis.

Pode ser entendido como activo se as causas a que a essa situação conduziram partiram uma actuação intencional do próprio devedor mas, por outro lado, será passivo se decorrer de circunstâncias inesperadas que provoquem uma incapacidade do devedor no sentido da impossibilidade de cumprir as suas obrigações.

Os principais factores que vieram a facilitar o crescimento do endividamento das famílias e das pessoas singulares consistiram na facilitação e vantagens do recurso ao crédito para o consumo e no peso que as despesas normais emergentes de serviços essenciais e não essenciais assumem no orçamento familiar, gerando um clima de facilidades na obtenção de bens que deram origem a consumidores compulsivos.

\*

Nalguns países da União Europeia, designadamente na França e na Bélgica, foram experimentados modelos que procuram resolver as questões relacionadas com o sobreendividamento das famílias.

Em França, foi inicialmente aprovada a Lei n.º 89-1010 (Lei Neiertz) e que apresenta uma regulamentação específica para os devedores particulares que se encontrem em situação de sobreendividamento e objecto de integração no Código do Consumo.

O sistema francês prevê a existência de uma fase administrativa em que as comissões de análise de sobreendividamento tentam alcançar um acordo amigável entre o devedor e os respectivos credores mediante a aplicação de um conjunto de medidas, entre as quais se destacam:

- a) o reescalonamento do pagamento das dívidas ou mesmo o deferimento do pagamento de algumas delas durante o prazo máximo de oito anos;
- b) a afectação dos pagamentos de forma prioritária ao capital;
- c) a fixação de taxas de juro mais reduzidas;
- d) a redução, no caso da venda forçada da habitação do devedor onerada por hipoteca constituída a favor de entidade bancária, do remanescente da dívida para com o credor hipotecário, considerando, para o efeito, as disponibilidades financeiras do devedor;

- e) a sujeição do devedor a um conjunto de comportamentos destinados a garantir o pagamento das suas obrigações em falta e a evitar o agravamento da sua situação de sobreendividamento.

Nesta fase administrativa, a comissão de análise de sobreendividamento analisa o requerimento que inicia o procedimento e avalia da sua boa ou má fé e da capacidade (ou incapacidade) do devedor para cumprir.

Se for favorável a reestruturação, a comissão promove a conciliação com os credores, no sentido da organização de um plano de pagamentos com base nos elementos que representam o activo do devedor e o passivo e, uma vez aprovado esse plano, é definida a sua forma de execução.

Em caso de incumprimento, caduca o plano aprovado e qualquer um dos credores tem o direito individual de o denunciar e de accionar o devedor com vista ao ressarcimento dos seus créditos.

Não sendo alcançado o acordo pela comissão, fica frustrada a fase administrativa conciliatória e, então, pode o devedor requerer àquela entidade a proposição de recomendações a serem fixadas pelo juiz contendo a forma de reestruturação do passivo, as quais deverão ser aplicadas num prazo de oito anos.

Na acção judicial, são verificados todos os créditos e o devedor é sujeito a um plano obrigatório de pagamentos podendo o juiz fixar medidas a favor do devedor, nomeadamente moratórias até um prazo máximo de três anos, a imputação preferencial de pagamentos ao capital e a redução das taxas de juro.

O regime de moratórias destina-se, primordialmente, aos devedores que não disponham de património, sendo-lhes concedido um prazo máximo de três anos durante o qual poderão recuperar-se; findo esse prazo, a sua situação é reavaliada e a comissão recomenda a aplicação de algumas medidas susceptíveis de permitir o pagamento das suas dívidas.

É o tribunal quem atribui força executória às recomendações ou às medidas a favor do devedor propostas pela comissão.

O sistema francês prevê ainda a existência de um ficheiro nacional de incidentes de crédito, gerido no âmbito do banco central, o qual

compreende o registo das irregularidades de pagamento, bem como as medidas aplicadas aos devedores insolventes, permitindo às instituições avaliarem os riscos na concessão de crédito.

Por seu turno, na Bélgica, não existe uma fase administrativa mas apenas judicial na qual tem intervenção uma figura de mediação (o mediador de dívidas) o qual tem intervenção numa primeira fase que se traduz numa tentativa de composição de interesses desencadeada pelo devedor que elabora um pedido de admissão ao sistema de tratamento global de dívidas.

Admitido este requerimento, é nomeado o mediador, cuja principal tarefa será a de elaborar um plano de reestruturação do passivo com vista à apresentação aos credores, cujo conteúdo e duração não estão sujeitas a quaisquer limitações de ordem legal.

O plano aprovado pelo devedor e pelos credores é sujeito a homologação pelo juiz e inicia-se a regularização judicial de dívidas, podendo este aplicar nesta fase um plano de pagamentos, perdões totais ou parciais de dívidas, reduzir os juros ou sujeitar o devedor a determinadas injunções.

Em caso de incumprimento, o plano de pagamento é revogado, não podendo ser renovado no prazo de cinco anos.

Na sequência deste regime legal, o sistema belga prevê igualmente a existência de um ficheiro de crédito contendo os dados sobre os créditos concedidos às pessoas singulares.

\*

Não existindo regulamentação específica sobre esta questão no nosso país, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 200/2004, de 18 de Agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março) apenas pretendia dar resposta parcial a algumas destas soluções ao afirmar no respectivo preâmbulo que “a aplicação deste regime é independente de outros procedimentos extrajudiciais ou afins destinados ao tratamento do sobreendividamento de pessoas singulares, designadamente daqueles que relevem da legislação especial relativa a consumidores”.

Na parte dedicada às disposições específicas da insolvência das pessoas singulares, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas veio estabelecer um mecanismo designado por «**exoneração do passivo restante**» (artigos 235.º a 248.º do citado Código) contendo os seguintes elementos essenciais:

- a) a exoneração dependerá de pedido expresso do insolvente e implicará a cessão aos credores, através de um fiduciário, durante os cinco anos subsequentes ao encerramento do processo de insolvência, do rendimento disponível do insolvente;
- b) durante este período, o insolvente fica obrigado a um conjunto de deveres destinados a assegurar a efectiva obtenção de rendimentos para cessão aos credores, designadamente as obrigações de exercer uma profissão remunerada, não a abandonando sem motivo legítimo, de procurar diligentemente tal profissão quando desempregado, não recusando desrazoavelmente algum emprego para que seja apto, bem como de informar o tribunal e o fiduciário de qualquer mudança de domicílio ou de condições de emprego e ainda sobre as diligências realizadas para a obtenção de emprego;
- c) caso o devedor incumpra, culposamente ou com negligência grave, os deveres estabelecidos para o período de cessão, o juiz poderá declarar a cessação antecipada do procedimento de exoneração do passivo restante.

O procedimento de **exoneração do passivo restante** corresponde à *discharge* na lei norte-americana (*Bankruptcy Code*) e à *Restschuldbefreiung* da lei alemã (§§ 286 a 303 da *Insolvenz Ordnung*) (neste sentido, Catarina Serra, O Novo Regime Jurídico da Insolvência, Almedina, pg. 67; Assunção Cristas, Exoneração do Devedor pelo Passivo Restante, Novo Direito da Insolvência, Revista Themis, Edição Especial 2005, pg. 167) traduzindo uma ideia de «*fresh start*» em que ocorre a extinção das dívidas e a libertação do devedor por forma a que este não fique inibido de começar de novo e poder retomar a sua actividade económica.

A apresentação de um **plano de pagamentos aos credores** constitui uma outra especialidade do regime da insolvência dos devedores não empresários ou titulares de pequenas empresas (artigos 251.º a 263.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

Assim, consoante a iniciativa da insolvência tenha sido do próprio devedor ou de um terceiro credor, a apresentação de um plano de pagamentos pelo devedor pode surgir em dois momentos processuais distintos:

- a) Caso o processo de insolvência tenha início por apresentação do devedor, este deve apresentar o plano de pagamentos conjuntamente com o requerimento inicial do processo de insolvência (artigo 251.º do citado Código); ou
- b) Caso o processo de insolvência tenha início por iniciativa de um terceiro credor, o devedor pode apresentar o plano de pagamentos em alternativa à contestação e no prazo fixado para esta, devendo constar expressamente do acto de citação essa indicação (artigo 253.º do mesmo Código).

Num ou noutro caso, o plano de pagamentos deve conter uma proposta de satisfação dos direitos dos credores que acautele devidamente os interesses destes, de forma a obter a respectiva aprovação, tendo em conta a situação do devedor.

Este juízo exige que as medidas do plano devem ser tais que assegurem aos credores a satisfação dos seus interesses na medida em que os leve a aceitá-lo, por ser, pelo menos, correspondente à satisfação que o prosseguimento do processo de insolvência, nas suas várias fases, razoavelmente acarretaria.

O grau de satisfação dos interesses dos credores não pode deixar de ter em conta a situação patrimonial do devedor, estando presente uma ideia de proporcionalidade, no sentido de aquilo que o plano oferece aos credores ser aferido em função do que eles poderiam esperar receber, atendendo a essa situação.

Por um lado, há vantagens para o devedor na medida em que o afasta das consequências desfavoráveis emergentes do processo de

insolvência, em particular da liquidação da massa insolvente e da própria publicitação da situação em que se encontra.

Por outro lado, há vantagens para os próprios credores na medida em que a satisfação razoável dos seus créditos implicará, em regra, vantagens quanto ao tempo e ao modo de realização do seu interesse e a segura exclusão das despesas emergentes da administração da massa insolvente.

Estes critérios relevam para efeitos de admissão do incidente pelo juiz mas também para o suprimimento da aprovação dos credores que àquele cabe (artigos 255.º, n.º 1, 257.º, n.º 1 e 258.º, todos do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

O plano de pagamentos pode, designadamente, prever moratórias, perdões, constituições de garantias, extinções, totais ou parciais, de garantias reais ou privilégios creditórios existentes, um programa calendarizado de pagamentos ou o pagamento numa só prestação e a adopção pelo devedor de medidas concretas de qualquer natureza susceptíveis de melhorar a sua situação patrimonial, podendo incluir no plano de pagamentos créditos cuja existência ou montante não reconheça, com a previsão de que os montantes destinados à sua liquidação serão objecto de depósito junto de intermediário financeiro para serem entregues aos respectivos titulares ou repartidos pelos demais credores depois de dirimida a controvérsia, na sede própria (artigo 252.º, n.ºs 2 e 3 do referido Código).

\*

Contudo, o regime da insolvência das pessoas singulares não constitui a solução mais adequada para combater o problema do sobreendividamento.

É certo que devem ser procuradas soluções preventivas que sejam verdadeiramente eficazes na medida em que os procedimentos de reestruturação do passivo do devedor insolvente são “remédios” para aplicar quando se atingiu a situação de patologia no âmbito do cumprimento (ou incumprimento) das obrigações.

Por outro lado, a uma situação de sobreendividamento não pode ser aplicado o regime aplicável às pessoas colectivas e às empresas.



As pessoas singulares não se dissolvem quando deixam de ser economicamente viáveis, devendo serem encontradas formas de as reintegrar social e economicamente, permitindo compatibilizar a sua responsabilização com a possibilidade de “começar de novo”.

Não sendo a declaração de insolvência a melhor solução para resolver estas situações, a ordem jurídica deve prever a adopção de medidas de reestruturação eficazes que, no essencial, se deverão traduzir em meios de constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas de molde a permitir que o devedor se vincule ao cumprimento das obrigações que possam ser satisfeitas pelos seus rendimentos previsíveis e quando estejam em causas situações conjunturais ou estruturais que façam presumir a boa fé do devedor, nomeadamente em caso de desemprego, emprego temporário ou precário, incapacidade temporária ou permanente e separação, divórcio ou falecimento do cônjuge ou pessoa que com ele viva em união de facto e cujos rendimentos fossem comuns.

Entre essas medidas, é possível destacar as seguintes:

- a) a modificação dos prazos de vencimento dos créditos, ou seja, a prorrogação dos prazos para cumprimento, incluindo uma moratória de forma a que o devedor “mude de sorte”;
- b) a redução de cláusulas penais;
- c) o fraccionamento das prestações em dívida;
- d) a sensível redução da taxa de juro aplicável;
- e) a eventual redução ou extinção de dívidas, comunmente chamada de perdão de certos tipos de dívidas;
- f) a imputação no capital das importâncias já pagas a título de juros, em resultado da sua redução ou eliminação;
- g) a dação em cumprimento como forma de facilitar o pagamento das obrigações;
- h) a cessão de bens do devedor aos credores;
- i) a criação, substituição, transferência ou extinção de garantias reais;
- j) a redução ou eliminação das despesas emolumentares e dos impostos de transmissão nas situações em que estivesse em causa um plano de reestruturação do passivo do insolvente singular.

## II. PROCEDIMENTOS DE REESTRUTURAÇÃO DO PASSIVO DO DEVEDOR INSOLVENTE

### II. I. DISPOSIÇÕES GERAIS

Estabelece o artigo 581.º, n.ºs 1 e 2 do Código do Consumidor que as pessoas singulares que não disponham de bens ou rendimentos penhoráveis suficientes para assegurar o cumprimento pontual das suas obrigações podem requerer que a respectiva regularização se efectue nos termos de um **acordo com os credores** ou de um **plano judicial de pagamento**, determinando-se a insuficiência do património em função dos bens e rendimentos, tanto actuais como esperados, e das obrigações constituídas, ainda que estejam por vencer no momento da apresentação do pedido.

Assim, esta definição comporta os seguintes elementos:

- a) **um elemento pessoal** – os procedimentos de reestruturação do passivo do devedor insolvente são aplicáveis às pessoas singulares de boa fé mas não são restritos à qualidade de consumidor na medida em que a existência de dívidas de carácter profissional ou relacionadas com a actividade de uma empresa não impede a aplicação do regime de protecção do devedor insolvente quando tais dívidas não sejam significativas na totalidade do passivo a reestruturar (artigo 581.º, n.º 3 do citado Código do Consumidor);
- b) **um elemento material** – pressupõem a indisponibilidade de bens ou rendimentos penhoráveis suficientes para assegurar o cumprimento das suas obrigações, traduzido na insuficiência do património determinada em função dos bens e rendimentos, tanto actuais como esperados, ainda que estejam por vencer no momento da apresentação do pedido;
- c) **um elemento subjectivo** – o devedor deve encontrar-se de boa fé;
- d) **um elemento processual** – a regularização do passivo pode fazer-se através de um acordo com os credores ou de um plano judicial de pagamento.

\*

Este regime aproveita **exclusivamente ao devedor que se encontre de boa fé**, considerando-se nesta situação o devedor cuja situação patrimonial resultou de actos praticados sem o intuito de praticar os direitos dos credores, salvo se tiver contribuído de forma consciente e censurável para gerar ou agravar o sobreendividamento (artigo 582.º do mesmo Código), **presumindo-se a boa fé** quando a insuficiência patrimonial resultar de:

- a) Doença grave ou prolongada, acidente ou outro evento fortuito ou imprevisto;
- b) Modificação imprevisível da situação laboral;
- c) Alteração significativa do agregado familiar ou das suas condições de existência;
- d) Exploração, pelo credor, da situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter da contraparte.

O tribunal competente para preparar e julgar o procedimento de reestruturação do passivo do devedor insolvente de boa fé é o tribunal do domicílio do devedor e essa competência estende-se ao conhecimento das questões que se suscitam quanto à existência, validade e montante dos créditos exigidos pelas medidas de reestruturação do passivo (artigo 584.º do citado Código).

Configura-se uma espécie de *princípio da suficiência* do procedimento que pode suscitar alguns problemas relativamente a créditos que não tenham natureza civil ou comercial mas que tem evidentes vantagens do ponto de vista do conhecimento de todas as questões que devem interessar ao objecto do procedimento.

Os procedimentos de reestruturação do passivo do devedor insolvente de boa fé são configurados como procedimentos de natureza cível e cuja tramitação segue a forma de incidentes processuais (artigos 605.º, 641.º, n.º 1, 645.º, n.º 3, 653.º, n.º 1 do Código do Consumidor e 302.º a 304.º do Código de Processo Civil).

Contudo, quando a complexidade da situação o justifique, o juiz, findos os articulados no âmbito do procedimento com vista ao acordo

com os credores ou de justificação de créditos, pode mandar seguir os termos do processo ordinário ou sumário de declaração para apreciação do crédito impugnado, conforme o valor deste (artigos 607.º, n.º 5, 1.ª parte e 614.º, n.º 3, ambos do Código do Consumidor) ou, sempre que a complexidade da causa o justifique, no âmbito do procedimento com vista à fixação do plano judicial de pagamento, o juiz, findos os articulados, manda seguir os termos do processo comum de declaração adequados ao valor da acção (artigo 643.º, n.º 1 do citado Código).

Por outro lado, o artigo 648.º, n.ºs 1 e 2 do Código do Consumidor estabelece que, para efeitos processuais, o valor da acção determina-se somando as dívidas relacionadas pelo devedor mas, quando o montante deste modo apurado seja igual ou inferior à alçada do Tribunal da Relação, o valor da acção corresponde à unidade monetária imediatamente superior àquela alçada, o que pressupõe que os procedimentos em causa seguem sempre a forma ordinária (artigos 462.º do Código de Processo Civil e 24.º, n.º 1 da Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro).

Coloca-se a questão de saber sobre qual deve ser o tribunal competente para preparar e julgar os procedimentos de reestruturação do passivo do devedor insolvente, designadamente nas comarcas de Lisboa e do Porto ou outras comarcas que tenham instaladas varas cíveis ou mistas e juízos cíveis e juízos de competência especializada cível ou nos casos em que o processo tenha sido convolado para processo comum (ordinário ou sumário) de declaração.

Com efeito, nas comarcas em que existem tribunais de competência específica cível, compete às varas cíveis (ou às varas com competência mista) a preparação e julgamento das acções declarativas cíveis de valor superior à alçada do tribunal da Relação em que a lei preveja a intervenção do colectivo (artigo 97.º, n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 3/99) e aos juízos cíveis preparar e julgar os processos de natureza cível que não sejam da competência das varas cíveis e dos juízos de pequena instância cível (artigo 99.º da citada Lei).

São remetidos às varas cíveis (ou às varas com competência mista) os processos pendentes nos juízos cíveis em que se verifique alteração do valor susceptível de determinar a sua competência ou para julgamento e ulterior devolução, os processos que não sejam originariamente da

sua competência, nos casos em que a lei preveja, em determinada fase da sua tramitação, a intervenção do tribunal colectivo (artigo 97.º, n.ºs 3 e 4 da Lei n.º 3/99).

Nas comarcas em que existem juízos de competência especializada cível, compete a estes a preparação e o julgamento dos processos de natureza cível não atribuídos a outros tribunais (artigos 93.º e 94.º da citada Lei n.º 3/99) e aos tribunais de competência genérica preparar e julgar os processos relativos a causas não atribuídas a outros tribunais (artigo 77.º, n.º 1, alínea *a*), da mesma Lei).

Assim, no âmbito da competência declarativa cível dos tribunais comuns, a organização judiciária portuguesa dispõe que compete ao tribunal colectivo julgar as questões de facto nas acções de valor superior à alçada dos tribunais da Relação e nos incidentes que sigam os termos do processo de declaração e excedam a referida alçada, sem prejuízo dos casos em que a lei de processo exclua a sua intervenção (artigo 106.º, alínea *b*), da Lei n.º 3/99).

Nos tribunais de comarca, ainda que desdobrados em juízos de competência especializada, o tribunal colectivo é constituído por dois juízes de círculo e pelo juiz do processo enquanto que nas varas cíveis e nas varas com competência mista, o tribunal colectivo é constituído por juízes privativos (artigo 105.º, n.ºs 2 e 3 da mesma Lei).

Compete ao presidente do tribunal colectivo proferir a sentença final nas acções cíveis e, quando não tenha lugar a intervenção do colectivo, nas acções ou incidentes de valor superior à alçada da Relação, o julgamento da matéria de facto e a prolação da sentença final incumbem ao juiz que a ele deveria presidir, se a sua intervenção tivesse tido lugar (artigos 108.º, n.º 1, alínea *c*), da Lei n.º 3/99 e 646.º, n.º 5 do Código de Processo Civil).

Conjugando estas disposições normativas com a previsão que estabelece que quando o valor da causa dos procedimentos de reestruturação do passivo seja igual ou inferior à alçada do Tribunal da Relação, o valor da acção corresponde à unidade monetária imediatamente superior àquela alçada, fica excluída a possibilidade de intervenção dos juízos cíveis no âmbito daqueles procedimentos uma vez que se verifica sempre a possibilidade de intervenção do colectivo para preparar e

julgar os mesmos, ainda que não se tenha verificado a necessidade de convoção para a forma de processo comum ordinário.

Por outro lado, se o valor da acção se determina somando as dívidas relacionadas pelo devedor mas, no entanto, quando o montante deste modo apurado seja igual ou inferior à alçada do Tribunal da Relação, o valor da acção corresponde à unidade monetária imediatamente superior àquela alçada, ocorrendo a convoção para o processo comum de declaração, caso a complexidade da causa o justifique e dizendo esta respeito a todo o procedimento, não é possível a convoção para processo sumário de declaração na medida em que as regras de determinação do valor do procedimento não o permitem (artigo 648.º, n.º 2 do Código do Consumidor).

Assim sendo, a competência para preparar e julgar os procedimentos de reestruturação do passivo do devedor insolvente de boa fé, competiria, consoante os casos:

- a) **aos tribunais de competência genérica e aos juízos de competência especializada cível sendo o julgamento da matéria de facto e a prolação da sentença efectuada pelo juiz de círculo** (artigos 77.º, n.º 1, alínea a), e 94.º da Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro);
- b) **às varas cíveis** (artigo 98.º da mesma Lei).

Salvo o devido respeito por opinião diversa, e em nome da celeridade e simplificação dos procedimentos de reestruturação do passivo do devedor insolvente, entendemos que deve ser adoptada solução semelhante àquela que o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas prevê para os processos de insolvência, ou seja, a expressa exclusão da intervenção do colectivo e a determinação da forma declarativa sumária para a instrução e julgamento do processo e respectivos incidentes (artigos 7.º, n.º 3 e 139.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), mesmo que a complexidade da causa justificasse a convoção para processo comum, circunstância que reduziria o número de articulados na causa e simplificaria a respectiva tramitação processual.

\*

É estabelecido um regime de coadjuvação com os tribunais na preparação do acordo com os credores e do plano judicial de pagamentos por parte de uma entidade denominada Gabinete de Apoio às Pessoas Sobreendividadas (GAPS) (artigos 592.º e 593.º, ambos do mesmo Código).

A competência para realizar a articulação do tribunal com esta entidade compete ao Ministério Público, a quem compete igualmente o conhecimento às entidades (Estado, instituições de segurança social e outras entidades públicas<sup>1</sup>) que disponham de competência para autorizar ou aprovar a inclusão dos seus créditos no acordo com os credores ou plano judicial de pagamento (artigo 601.º do citado Código).

O Gabinete de Apoio às Pessoas Sobreendividadas tem por atribuições assegurar, por intermédio de quem for designado, as diligências que se mostrem necessárias à obtenção do acordo com os credores ou à fixação do plano judicial de pagamentos e, particularmente (artigo 593.º do Código do Consumidor):

- a) Recolher e analisar os dados referentes à situação patrimonial do devedor;
- b) Preparar um plano de regularização do passivo, com duração não superior a cinco anos, que servirá de base às negociações com os credores;
- c) Diligenciar no sentido de se tomarem as providências necessárias à defesa do património do devedor perante terceiros, incluindo credores;
- d) Recomendar ao tribunal que decrete a inibição temporária de o devedor praticar determinados actos ou utilizar meios de pagamento que possam contribuir para o agravamento da sua situação patrimonial;

---

<sup>1</sup> Convém ter presente que o Ministério Público não representa processualmente algumas destas entidades, designadamente as instituições de segurança social que são representadas por mandatário.

- e) Tentar obter uma solução conciliatória junto dos credores, de modo a que as partes subscrevam um acordo adequado às possibilidades de pagamento do devedor;
- f) Enviar o acordo de pagamento ao tribunal, para homologação, depois de concluído;
- g) Acompanhar a execução do acordo e do plano judicial de pagamento;
- h) Comunicar ao tribunal, no mais curto espaço de tempo, as situações de não cumprimento que se verificarem, fazendo as sugestões que tenha por convenientes, fazendo as sugestões que tiver por convenientes;
- i) Tomar a iniciativa de propor ao tribunal modificações ao programa de pagamentos previsto no acordo com os credores ou no plano judicial, quando se alterem os pressupostos subjacentes à sua elaboração;
- j) Remeter ao tribunal um projecto de regularização do passivo do devedor, acompanhado de relatório onde se indiquem os motivos que impossibilitaram o acordo das partes e se formulem recomendações com vista à fixação de um plano judicial de pagamento, no caso de o processo continuar após se frustrarem as negociações com vista à obtenção de solução conciliatória;
- k) Excepcionalmente, pode solicitar ao tribunal a apreciação da viabilidade das medidas de reestruturação do passivo a propor aos interessados, tendo em conta o quadro das soluções susceptíveis de virem a ser adoptadas em futuro plano judicial de pagamento (artigo 617.º do Código do Consumidor).

O Gabinete de Apoio às Pessoas Sobreendividadas (GAPS) funciona no âmbito das entidades que integrarão o futuro Sistema Português de Defesa do Consumidor (SPDC), designadamente o Centro Nacional de Informação, Mediação, Conciliação e Arbitragem em Matéria de Consumo funcionando na sede deste centro ou, sempre que se revele necessário, em local disponibilizado para o efeito por serviços do Estado ou dos municípios associados (artigos 690.º e 691.º, ambos do Código do Consumidor).



O conjunto das atribuições e competências que são discriminadas no âmbito destas disposições normativas permite concluir, sem qualquer margem para dúvida, que a solução mais ambiciosa no âmbito dos procedimentos de reestruturação do passivo do devedor insolvente de boa fé radica no bom ou mau funcionamento desta estrutura, isto é, se não existir um adequado acompanhamento da situação dos devedores por parte desta entidade e uma capacidade de resposta e de eficácia que permitam dar cumprimento a todas as atribuições da mesma, todo o regime dos procedimentos de reestruturação do passivo do devedor insolvente previstos no Código do Consumidor resultará num quase certo e absoluto fracasso.

\*

Existe uma relação entre estes procedimentos de reestruturação e a situação de insolvência uma vez que esta situação, enquanto pressuposto da aplicação das medidas de reestruturação do passivo, é verificada em processo instaurado nos termos previstos no Código do Consumidor (artigo 583.º do Código do Consumidor).

É estabelecido um regime alternativo entre as providências de reestruturação do passivo do devedor que se encontre em situação de insolvência, actual ou iminente, conferindo-se ao devedor a possibilidade de optar pelas medidas gerais de exoneração do passivo restante ou pela apresentação de um plano de pagamentos (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas) (artigo 653.º, n.º 2 do Código do Consumidor).

Outra similitude com o procedimento de exoneração do passivo restante previsto no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas consiste no prazo de duração das medidas de reestruturação que não podem prolongar-se por mais de **cinco anos**<sup>2</sup>, contados do

---

<sup>2</sup> Numa versão anterior, estabelecia-se um prazo de sete anos sendo este igualmente o prazo estabelecido no regime francês.

A exemplo do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas e talvez com o objectivo de criar uma similitude de regimes, o Código do Consumidor prevê um prazo de cinco anos para a duração máxima dos procedimentos de reestruturação

trânsito em julgado da sentença de homologação do acordo ou da sentença que fixou o plano judicial de pagamento (artigo 585.º do Código do Consumidor).

São também excluídas as multas ou coimas, bem como as indemnizações resultantes da prática de factos ilícitos extracontratuais (artigo 588.º do Código do Consumidor), enquanto que as dívidas ao Estado, às instituições de segurança social ou a outras entidades públicas podem ser integradas no acordo com os credores ou no plano judicial de pagamento, mediante autorização do membro do Governo competente (artigo 589.º do Código do Consumidor).

\*

No decurso do processo, o devedor pode receber a assistência de associação de consumidores legalmente constituída ou de pessoa por ela indicada, exercendo este os poderes que cabem à parte acessória, sendo esta intervenção admitida a todo o tempo e podendo ser requerida verbalmente por termo tomado pela secretaria (artigo 594.º, n.ºs 1 a 3 do referido Código e 335.º e seguintes do Código de Processo Civil).

É estabelecida a possibilidade de o tribunal declarar finda a intervenção, quando a considere desnecessária ou a actuação do interveniente se revele manifestamente prejudicial para o andamento do processo (artigo 594.º, n.º 4 do Código do Consumidor).

O incidente da assistência consubstancia-se na intervenção espontânea de um terceiro em causa pendente com vista, não a fazer valer

---

do passivo do devedor insolvente, prazo esse aplicável à exoneração do passivo restante e ao plano de pagamentos aos credores do regime da insolvência.

Contudo, tal como entendemos relativamente a este regime, afigura-se que o prazo de cinco anos pode ser insuficiente para obter os resultados pretendidos, sobretudo tendo em conta que o devedor pode optar por regimes muito mais vantajosos em termos de duração no âmbito das execuções (artigo 882.º do Código de Processo Civil), circunstância que pode comprometer o recurso a estas medidas.

De qualquer modo, é evidente que o legislador também não poderia optar por um prazo muito dilatado, sob pena de se comprometer igualmente a posição dos credores, sendo necessário um ponto de equilíbrio entre o prazo de cinco anos (que consideramos insuficiente) e um prazo mais dilatado mas que não deve ultrapassar os oito anos.

um direito próprio mas a realizar o interesse de auxiliar, na demanda, uma das partes primitivas.

O assistente actua processualmente numa subordinação à parte a quem vai auxiliar na acção ou na defesa, assumindo a posição processual de parte acessória.

O incidente da assistência implica, naturalmente, a modificação subjectiva da instância mas não o alargamento do objecto do litígio, porque a relação jurídica invocada pelo assistente apenas serve para garantir a legitimidade para a sua intervenção, limitada ao auxílio de uma das partes primitivas, isto é, a título *ad adjuvandum*.

O assistente não representa, pois, alguma das partes principais, estas exclusivamente sujeitas, no quadro da relação jurídica controvertida objecto da acção, à condenação ou à absolvição.

A intervenção assistencial, embora veiculadora do acréscimo à causa principal de factos e de provas e, conseqüentemente, de complexidade processual, é susceptível de contribuir para uma mais adequada composição do pleito.

A assistência traduz-se na intervenção de um terceiro com o propósito de auxiliar um dos litigantes, não para fazer valer uma pretensão própria mas para que aquele que tenha ganho de causa, sob motivação de ser titular de um interesse jurídico relevante para o efeito (neste sentido, Salvador da Costa, Incidentes da Instância, pg. 137; Ac. STJ de 19/11/1991 *in* BMJ 411.º-495).

O estabelecimento da possibilidade de o tribunal declarar finda a intervenção, quando a considere desnecessária ou a actuação do interveniente se revele manifestamente prejudicial para o andamento do processo constitui uma novidade no âmbito dos incidentes da instância na medida em que prevê um juízo que não é apenas baseado em pressupostos formais e materiais emergentes dessa intervenção assistencial mas também baseado numa apreciação de oportunidade e de conveniência para os fins do procedimento de reestruturação do passivo do devedor insolvente.

Não é fácil estabelecer as situações de desnecessidade da intervenção assistencial mediante um juízo do tribunal sem que tenha havido qualquer iniciativa do assistido ou da entidade assistente, assim como não é fácil prever situações em que a actuação do interveniente se

revele manifestamente prejudicial para o andamento do processo, não obstante se poder adiantar, desde já, que podem enquadrar-se nesta previsão actuações da entidade assistente que prejudiquem a posição processual do assistido ou as finalidades do procedimento de reestruturação do passivo, o que se afigura difícil de configurar em face do estatuto igualmente conferido às associações de consumidores (artigo 700.º do Código do Consumidor).

Contudo, importa ter presente que não se configura uma simples actuação prejudicial para o andamento do processo, antes exigindo-se que essa actuação seja «manifestamente» prejudicial, o que pressupõe uma apreciação mais exigente da conduta do assistido no âmbito do processo.

## II. II. ACORDO COM OS CREDORES

O acordo com os credores traduz-se na aprovação de um plano destinado a conseguir, no final da sua vigência, o saneamento da situação patrimonial de pessoa singular insolvente, mediante a adopção das medidas de reestruturação indispensáveis para adequar o passivo às possibilidades de cumprimento efectivo do devedor, o qual deve especificar o prazo de execução, as fases em que se desdobra, os objectivos concretos a atingir relativamente a cada uma das situações que integram o passivo, os meios a afectar ao serviço da dívida, a programação dos pagamentos, o regime de fiscalização dos actos de gestão patrimonial a praticar pelo devedor e, de modo geral, todos os demais aspectos a que deva subordinar a sua aplicação. (artigo 595.º do Código do Consumidor).

As providências para a reestruturação do passivo são requeridas mediante petição escrita, da iniciativa do devedor, na qual este deve expor as razões de facto e de direito que as justificam e conclui pela formulação do pedido de realização do acordo de pagamento com os credores ou, quando tenha sido requerida contra o devedor a declaração de insolvência, o pedido de reestruturação do passivo deve ser deduzido no prazo fixado para a oposição, suspendendo-se logo a instância naquele processo (artigo 596.º do citado Código).

## ACORDO COM OS CREDORES – FASE LIMINAR –



Incumbe ao devedor mencionar de **forma articulada**<sup>3</sup> os seguintes elementos (artigo 597.º do mesmo Código):

- a) Composição do agregado familiar e regime de bens do casamento;
- b) Rendimento mensal e despesas correntes;
- c) Relação de todos os credores e respectivos domicílios, com indicação do montante dos seus créditos, datas de vencimento e garantias de que beneficiem;
- d) Relação do activo e respectivo valor, com indicação dos bens próprios e comum, assim como discriminação dos bens que detenha em regime de arrendamento, aluguer, locação financeira ou venda com reserva de propriedade;

<sup>3</sup> Um pouco incompreensivelmente com esta exigência da forma articulada (que se afigura mais correcta), o artigo 589.º do Código do Consumidor vem estabelecer que a petição pode ser deduzida em impresso de modelo a aprovar por portaria, com estrutura adequada à discriminação de todos os elementos que dela devam constar.

- e) Identificação de todas as acções e execuções contra si pendentes;
- f) Descrição dos factos que determinaram o aparecimento da situação de impossibilidade de satisfazer pontualmente as obrigações assumidas.

Caso se justifique, deve igualmente invocar os factos que justificam a presunção de boa fé por parte do devedor ou, em qualquer caso, deve ainda invocar os factos que permitam concluir que a situação patrimonial não resultou de actos praticados com o intuito de prejudicar os direitos dos credores e que não contribuiu de forma consciente e censurável para gerar ou agravar o sobreendividamento (artigo 582.º do Código do Consumidor).

\*

O requerente deve instruir a petição com a prova documental de que disponha, indicar logo os outros meios de prova e entregar tantos duplicados e cópias quantos sejam os credores a notificar, bem como um exemplar par ser arquivado e servir de base à reforma do processo (artigo 597.º, n.º 2 do mesmo Código).

Prevedendo-se a possibilidade de o requerente alegar factos de onde se conclua que tem dificuldade séria em fornecer com exactidão os dados relativos aos créditos por que é responsável, cabe ao juiz determinar a prestação das informações necessárias pelos respectivos credores ou por instituições que estejam habilitadas a fazê-lo (artigo 597.º, n.º 3 do citado Código).

Essa determinação pelo juiz, no caso dos credores, pode ser efectuada conjuntamente com o despacho de citação desses credores, salvo se a omissão puder afectar a admissão liminar do pedido formulado.

\*

Se o requerente omitir algumas das indicações em causa ou não juntar os meios de prova de que deva dispor, o juiz fixa prazo para o suprimento da falta, sob pena de indeferimento da petição, cabendo

recurso de agravo do despacho de indeferimento (artigos 599.º do Código do Consumidor e 234.º, n.º 2 do Código de Processo Civil<sup>4</sup>).

Não havendo motivo para indeferimento liminar, o juiz ordena a citação dos credores com a cominação de que a falta de reclamação de créditos pode implicar a sua extinção, desde que o respectivo titular tenha sido ou deva considerar-se citado na sua própria pessoa e não se verifique qualquer excepção ao efeito cominatório da revelia (artigos 600.º e 591.º, n.º 2 do Código do Consumidor).

Os credores conhecidos são citados pessoalmente e a citação dos credores desconhecidos faz-se por éditos e com anúncios no Diário da República e num jornal diário de grande circulação nacional, observando-se a dilação de dez dias, sendo igualmente citado o cônjuge do devedor que com ele viva em economia comum, seja qual for o regime de bens, ou quem viva com o devedor em condições análogas às dos cônjuges, passando a ter os direitos processuais que a lei confere ao requerente (artigo 600.º, n.ºs 2 e 3 do citado Código).

Se as citações não tiverem sido realizadas no prazo de sessenta dias, por facto imputável ao requerente, será declarada extinta a instância (artigo 600.º, n.º 4 do mesmo Código).

Proferido o despacho de citação, e sem prejuízo das citações ordenadas, o processo é continuado com vista ao Ministério Público, a fim de dar imediato conhecimento da pendência da acção ao Gabinete de Apoio às Pessoas Sobreendividadadas, bem como ao Estado ou a outras entidades públicas que sejam representadas pelo Ministério Público e que poderão ser integradas no acordo com os credores ou no plano judicial de pagamentos (artigos 601.º e 589.º, ambos do Código do Consumidor).

Não sendo as instituições da segurança social representadas pelo Ministério Público, estas deverão ser citadas nos termos gerais (artigo 600.º, n.º 2 do referido Código).

---

<sup>4</sup> O recurso de agravo interposto do despacho de indeferimento liminar sobre imediatamente, nos próprios autos e com efeito suspensivo de eficácia do despacho recorrido (artigos 734.º, n.º 1, alínea *a*), 736.º e 740.º, n.º 1, todos do Código de Processo Civil).

\*

Os credores podem deduzir oposição ao pedido de reestruturação do passivo e justificar os seus créditos no prazo que o juiz fixar entre dez e vinte dias, sendo o prazo para a dedução da oposição autónomo em relação a cada dos credores, ou seja, não beneficiando do termo do prazo que começou a correr em último lugar quando termine em dias diferentes o prazo para a defesa e devendo os credores juntar com a oposição toda a prova documental de que disponham e requerer a produção de quaisquer outros meios de prova (artigos 602.º e 603.º, n.º 2 do mesmo Código).

Contudo, mesmo que haja vários credores a opor-se separadamente, a notificação do devedor só se realiza depois de apresentada a última das oposições ou de esgotado o respectivo prazo, sendo as oposições notificadas ao devedor em conjunto e devendo a resposta a todas elas constar de articulado único, a apresentar no prazo de dez dias (artigo 604.º do Código do Consumidor).

A oposição pode basear-se, designadamente, em algum dos fundamentos seguintes:

- a) Não estarem verificadas em relação ao requerente as situações relativas aos elementos material e subjectivo para que possam beneficiar das medidas de reestruturação do passivo, ou seja, não se tratar de pessoa singular de boa fé e com insuficiência do património determinada em função dos bens e rendimentos, tanto actuais como esperados, ainda que estejam por vencer no momento da apresentação do pedido (artigos 603.º, alínea *a*), 581.º e 582.º, todos do Código do Consumidor);
- b) Na falta de indicação dos elementos que devem constar da petição inicial e dos correspondentes meios de prova;
- c) Na condenação do devedor pela prática de crimes contra o património<sup>5</sup>, susceptível de pôr em causa a confiança dos

---

<sup>5</sup> O conceito abrange todos os crimes previstos no Título II do Código Penal os quais integram os crimes contra a propriedade, contra o património em geral, contra direitos patrimoniais, contra o sector público ou cooperativo e, não obstante a inserção sistemática, pelas razões subjacentes a esta disposição normativa, devem abranger



- credores na vontade de o requerente cumprir o acordo ou o plano de pagamento, quando ainda não tenham decorrido cinco anos entre o trânsito em julgado e a data do pedido de reestruturação<sup>6</sup>;
- d) Na apresentação, há menos de dez anos, de pedido dirigido à aplicação de algum dos regimes de reestruturação do passivo, salvo se a pretensão tiver sido rejeitada por razões não imputáveis ao requerente;
  - e) Omissão ou deturpação de informações relevantes para o conhecimento da situação patrimonial do requerente, designadamente no momento da concessão do crédito.

Findo os articulados, deve o juiz, nos quinze dias subsequentes, examinar as provas oferecidas e ordenar as diligências que considere necessárias à averiguação dos pressupostos das providências requeridas, dos fundamentos da oposição ou da justificação dos créditos, observando-se a tramitação da instrução nos incidentes da instância (artigos 605.º do Código do Consumidor e 304.º do Código de Processo Civil).

Esta remissão integral para o regime dos incidentes da instância faz pressupor que, no final desta fase de instrução, o juiz deve proferir despacho declarando quais os factos que considera provados e não provados (artigos 304.º, n.º 5 e 653.º, n.º 2 do Código de Processo Civil).

\*

Na falta de oposição, isto é, se os credores citados pessoalmente não impugnarem os respectivos créditos, estes consideram-se fixados, para efeitos de reestruturação, tal como o devedor os indicou, o que não sucede em relação aos credores que não impugnem os elementos fornecidos pelo devedor, desde que tenham relacionado de modo dife-

---

igualmente os crimes de peculato, peculato de uso e de participação económica em negócio, pela sua susceptibilidade de colocar em causa a confiança dos credores.

<sup>6</sup> Consagra um regime diferente do artigo 238.º, n.º 1, alínea *f*), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas o qual determina a exclusão da aplicação do regime de exoneração do passivo restante ao devedor que tiver sido condenado por crimes de insolvência dolosa ou de favorecimento de credores há menos de dez anos em relação ao pedido formulado.

rente os créditos de que são titulares ao instaurar o processo de insolvência e juntem certidão das respectivas peças processuais no prazo fixado para deduzir oposição (artigo 606.º do Código do Consumidor).

Esta disposição normativa pressupõe que a iniciativa do devedor com vista a obter a reestruturação do passivo tenha sido realizada no prazo de oposição a um pedido de insolvência (artigo 596.º, n.º 2 do Código do Consumidor) e a relação de créditos por si apresentada esteja em oposição com aquela que foi apresentada pelo respectivo credor, bastando a este juntar a respectiva certidão do pedido formulado no âmbito do processo de insolvência no prazo fixado para deduzir oposição.

\*

Concluídas as diligências que o tribunal ordenou e recolhidas as informações necessárias, o juiz deve, nos dez dias subsequentes, decidir sobre o prosseguimento do processo (artigo 607.º, n.º 1 do Código do Consumidor).

A conjugação destas disposições normativas permite antever a possibilidade do juiz dever proferir dois despachos distintos e em momentos processuais próximos: – uma decisão sobre a matéria de facto provada e não provada e considerada relevante para a decisão da causa (artigo 605.º do citado Código) e um despacho decidindo sobre o prosseguimento do processo (citado artigo 607.º, n.º 1).

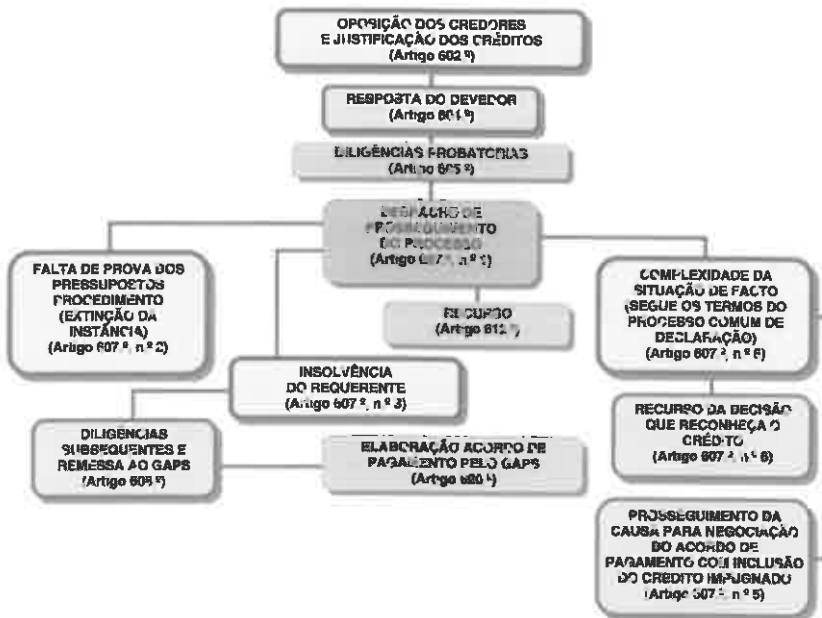
Esta decisão sobre o prosseguimento do processo pode consubstanciar uma das seguintes alternativas:

- a) Faltando a prova dos pressupostos exigidos par a aplicação das providências de reestruturação do passivo, ou sendo procedente a oposição, o juiz declara extinta a instância (artigo 607.º, n.º 2 do Código do Consumidor);
- b) Se estiverem verificados os pressupostos e a oposição improceder, o juiz declara verificada a insolvência do requerente e justificada a aplicação das providências de reestruturação do passivo, ordenando o prosseguimento do processo para a celebração do acordo de pagamento, conhecendo da existência dos créditos impugnados, se a questão for unicamente de direito, ou se, sendo também de facto, puder ser decidida mediante

- prova sumária produzida nos autos<sup>7</sup> (artigo 607.º, n.ºs 3 e 4 do citado Código);
- c) Quando a complexidade da situação o justifique, o juiz, findos os articulados, pode mandar seguir os termos do processo ordinário ou sumário de declaração para apreciação do crédito impugnado, conforme o valor deste, tendo o recurso da decisão que reconheça o crédito sempre efeito meramente devolutivo e, nesta situação, ordena, desde logo, o prosseguimento da causa para a negociação do acordo de pagamento, com a inclusão do crédito impugnado, se concluir pela probabilidade séria da sua existência (artigo 607.º, n.ºs 5 e 6 do mesmo Código).

### ACORDO COM OS CREDORES

#### FASE DA INSTRUÇÃO E DE PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO –



<sup>7</sup> Esta disposição normativa pressupõe que, no termo da instrução, o juiz esteja em condições de conhecer sobre as questões de facto suscitadas pelo devedor e pelos credores.

No despacho que declara verificada a insolvência do requerente e justificada a aplicação das providências de reestruturação do passivo, o juiz determina que se extraia e remeta ao Gabinete de Apoio às Pessoas Sobreendividadas certidão das peças processuais, tanto da acção principal como dos processos apensos, que sejam indispensáveis à organização do processo para celebração do acordo de pagamento, sem prejuízo desta entidade solicitar ao tribunal o envio de certidões de peças do processo onde foi proferido o despacho de prosseguimento ou de peças integradas nos processos suspensos, desde que considere indispensável o seu conhecimento para a condução das negociações preparatórias do acordo de pagamento (artigo 608.º, n.ºs 1 e 3 do Código do Consumidor).

\*

O despacho de prosseguimento tem os seguintes efeitos:

- a) a proibição de instauração de execuções contra o devedor e a suspensão das que se encontrem pendentes, mesmo que se destinem à cobrança de créditos com privilégio ou com preferência (artigo 609.º do Código do Consumidor);
- b) a suspensão dos regimes de pagamento acordados em acção executiva nos termos dos artigos 879.º e 882.º do Código de Processo Civil (artigo 609.º do citado Código);
- c) o não vencimento de juros pelos créditos verificados desde a data do despacho de prosseguimento até à conclusão do acordo de pagamento ou à extinção da instância ou até ao trânsito em julgado sobre a decisão sobre a fixação do plano judicial de pagamentos (artigo 610.º do mesmo Código);
- d) salvo se não houver conveniência na mesma, são apensadas ao processo onde foi deduzido o pedido de reestruturação as acções em que se apreciem questões relativas à existência, validade e montante das obrigações que integrem o passivo (artigo 611.º deste Código).

O prazo para a realização do acordo de pagamento é fixado segundo o prudente arbítrio do juiz, admitindo prorrogações a pedido

fundamentado do Gabinete de Apoio às Pessoas Sobreendividadadas, mas não deve exceder a duração total de oito meses (artigo 608.º, n.º 2 do Código do Consumidor).

O prazo inicialmente fixado não deve ser fixado próximo do prazo máximo estabelecido para a realização do acordo de pagamento com vista a não prejudicar a eventual necessidade de prorrogação e deve ser fixado em função de um conjunto de circunstâncias a que o juiz deve atender, designadamente o número de credores, a natureza dos créditos, a situação profissional e económica do devedor e do respectivo agregado familiar, perspectivas de obtenção de rendimentos num futuro próximo e as questões sobre a existência e montante dos créditos discutidas no âmbito da oposição ao pedido de reestruturação do passivo.

\*

O despacho que mande prosseguir o processo admite recurso, que sobe imediatamente e em separado, com efeito meramente devolutivo, não cabendo recurso da decisão proferida pela 2.ª instância, excepto nos casos em que conheça da existência de algum crédito cujo montante torne admissível o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça (artigo 612.º do Código do Consumidor).

Este recurso é de agravo (artigo 733.º do Código de Processo Civil) e a sua tramitação subsequente observa as regras gerais em função do efeito e do modo de subida.

\*

O devedor que, após a apresentação do pedido de providência de reestruturação do passivo, por iniciativa própria ou na sequência de oposição ao pedido de insolvência, praticar, sem autorização do juiz, actos que excedam a gestão corrente do património, deixa de beneficiar das medidas de reestruturação, devendo a autorização especificar o acto a que se reporta e estabelecer prazo para a sua realização (artigo 613.º, n.ºs 1 e 2 do Código do Consumidor).

Indubitavelmente, são actos que excedem a gestão corrente do património aqueles que permitam a alienação ou oneração de bens que integram o património do devedor ou se traduzam numa redução significativa e injustificada dos bens ou rendimentos deste.

Não obstante a falta de autorização judicial, o devedor continua a beneficiar das medidas de reestruturação quando o juiz entenda que existiu motivo razoável para a prática dos actos que excedem a gestão corrente do património e continue a justificar-se o acordo, o que parece pressupor a preferência pela aplicação das medidas de reestruturação, caso exista motivo razoável para a prática de determinados actos (artigo 613.º, n.º 3 do mesmo Código).

\*

Entre outras medidas de restrição da gestão do património pelo devedor, pode ainda o tribunal, em qualquer estado da causa, por sua iniciativa ou pedido de qualquer das partes ou do Gabinete de Apoio às Pessoas Sobreendidadas, determinar, a título provisório, medidas que evitem o agravamento da situação patrimonial do devedor, procedendo a averiguações sumárias e podendo dispensar a audiência da contraparte, quando a urgência da situação o justifique (artigo 615.º, n.ºs 1 e 2 do Código do Consumidor).

É uma medida provisória e de natureza cautelar na medida em que os interessados que não tenham sido ouvidos sobre as medidas decretadas podem exercer o contraditório, recorrendo da decisão quando entenda que, face aos elementos apurados, ela não deveria ter sido decretada ou deduzindo oposição quando pretenda alegar factos ou produzir meios de prova que o tribunal não tivesse tido em conta e que possam afastar os fundamentos da medida ou determinar a sua redução (artigos 615.º, n.º 3 deste Código).

O recurso de agravo interposto da decisão que recuse a aplicação das medidas provisórias sobe imediatamente e em separado (artigo 615.º, n.º 4 do mesmo Código).

\*

No exercício das funções que lhe estão atribuídas, com vista à celebração do acordo de pagamento, o GAPS pode promover a audição de pessoas ou entidades capazes de prestar informações úteis para o apuramento da situação patrimonial do devedor e solicitar o envio, com a mesma finalidade, dos meios de prova que estejam em condições de fornecer (artigo 616.º do citado Código).

Se estas pessoas ou entidades recusarem a colaboração pedida, nomeadamente invocando sigilo profissional ou nada dizendo, o GAPS pode solicitar ao tribunal que as notifique para os fins pretendidos, nos termos do disposto nos artigos 519.º e 519.º-A, ambos do Código de Processo Civil.

Existe uma distinção entre os deveres de sigilo propriamente dito e a simples confidencialidade de certos dados ligados exclusivamente à “esfera pessoal dos cidadãos” (a identificação, a residência, a profissão, a entidade empregadora e a situação patrimonial) e de que são detentores serviços administrativos (neste sentido, sobre os diversos procedimentos a adoptar com vista a obter as informações que se revelem necessárias à instrução da causa, Lopes do Rego, Comentários ao Código de Processo Civil, volume I, pgs. 456 a 458).

\*

Excepcionalmente, pode o GAPS solicitar ao tribunal a apreciação da viabilidade das medidas de reestruturação do passivo a propor aos interessados, tendo em conta o quadro das soluções susceptíveis de virem a ser adoptadas em futuro plano judicial de pagamento (artigo 617.º do Código do Consumidor).

Esta disposição normativa constitui uma novidade no ordenamento jurídico português na medida em que estabelece a possibilidade de uma entidade administrativa solicitar ao tribunal – órgão de administração da justiça normalmente vocacionado para a composição dos litígios entre os sujeitos processuais – a apreciação de viabilidade de medidas de reestruturação a propor aos interessados.

A aplicação concreta desta disposição normativa pressupõe que a solicitação do Gabinete de Apoio às Pessoas Sobreendividadas ao tribunal é excepcional, ou seja, apenas deve ocorrer se aquela entidade tiver dúvidas sobre as medidas de reestruturação do passivo, colocando o juiz numa situação algo problemática uma vez que pode gerar a expectativa de que, caso venha a entender viáveis as medidas a propor, fica vinculado a essa decisão que proferiu numa fase em que o tribunal foi apenas consultado.

Contudo, não entendemos que a apreciação da viabilidade das medidas de reestruturação do passivo por parte do tribunal ao abrigo

desta disposição normativa possa vincular uma futura decisão sobre o plano judicial de pagamento.

Por um lado, ao ser solicitado nesta fase, o tribunal pode não dispor ainda de todos os elementos de prova que sejam apresentados pelos credores ou mesmo pelo próprio devedor ou podem surgir circunstâncias supervenientes de facto e de direito que justifiquem entendimento diverso daquele que foi objecto de enunciação no âmbito da apreciação da viabilidade das medidas, não sendo razoável que o devedor, os credores ou o próprio GAPS criem qualquer expectativa em função da solicitação efectuada junto do tribunal.

Não obstante, se não existirem circunstâncias de facto ou de direito que justifiquem decisão diversa, por uma questão de confiança e de segurança nas decisões judiciais, o tribunal deve manter os fundamentos da decisão de apreciação da viabilidade das medidas de reestruturação no quadro das soluções susceptíveis de virem a ser adoptadas num futuro plano judicial de pagamento.

\*

Os interessados são obrigados a colaborar com o Gabinete de Apoio às Pessoas Sobreendividadas no decurso das diligências destinadas à conclusão do acordo e no sentido do apuramento correcto da situação patrimonial do devedor, prestando informações completas e apresentando sem demora os meios de prova que lhes forem pedidos, sob pena dessa infracção ao dever de cooperação, quando grave, implicar a perda do direito de beneficiar da reestruturação do passivo e sem prejuízo da responsabilidade por litigância de má fé (artigo 618.º do Código do Consumidor).

As finalidades tendentes à celebração do acordo de pagamento devem orientar-se no sentido de conseguir a adesão de todos os interessados a uma solução de equidade que implique a afectação, durante o período de tempo convencionado, dos rendimentos previsíveis do devedor ao pagamento do passivo reestruturado (artigo 619.º, n.º 1 do citado Código).

Quando se verifique a oposição de qualquer dos interessados, o GAPS deve procurar o consenso do devedor e dos credores com base



nas medidas de reestruturação e dos critérios da sua aplicação previstos nos artigos 634.º a 636.º, de modo a aproximar-se da solução que seria obtida através do plano judicial de pagamento (artigo 619.º, n.º 2 do mesmo Código).

Parece evidente que o conteúdo indeterminado das disposições normativas em causa exige por parte dos técnicos do GAPS uma formação jurídica e económica e, ao mesmo tempo, uma enorme capacidade de conciliação dos interesses em jogo, circunstância que reforça o conjunto de ideias sobre a natureza e as funções desta entidade.

\*

O acordo de pagamento considera-se concluído quando, em sessão convocada para a sua aprovação, não se lhe oponham o devedor ou os credores que representem mais de cinquenta por cento do valor de todos os créditos ou aqueles que representem mais de cinquenta por cento dos créditos directamente atingidos com as medidas de reestruturação (artigo 620.º, n.º 1 do Código do Consumidor).

Prevalece a regra da maioria simples dos créditos na vontade dos credores sendo que a não oposição do devedor constitui condição necessária para a obtenção de acordo.

Os interessados são notificados da data, hora e local da sessão para aprovação do acordo, com a antecedência mínima de dez dias, por carta registada com aviso de recepção, devendo remeter-lhes simultaneamente cópia da proposta de acordo de pagamento, acompanhada da identificação do processo e da advertência das condições de que depende a aprovação (artigo 620.º, n.º 2 do mesmo Código).

É admitido o voto por escrito<sup>8</sup>, desde que conste de documento autenticado que o credor faça chegar ao GAPS a tempo de ser considerado na votação e os termos do acordo são consignados em auto assinado pelos interessados presentes e pelo director do GAPS<sup>9</sup>, ficando

---

<sup>8</sup> O devedor tem que estar obrigatoriamente presente ou representado por mandatário com poderes específicos para celebrar o acordo de pagamento.

<sup>9</sup> Justifica-se a intenção de conferir solenidade ao acordo de pagamento fazendo intervir o director do GAPS na sua celebração mas, tendo em conta que esta entidade irá desenvolver as suas atribuições e competências em todo o território nacional

a recusa ou a impossibilidade de assinatura por qualquer dos presentes registada no auto (artigo 620.º, n.ºs 3 a 5 do Código do Consumidor).

Considera-se que não existe oposição ao acordo por parte dos interessados que, tendo sido regularmente convocados, não compareçam à sessão para aprovação do acordo ou não efectuem o seu voto por escrito (artigo 620.º, n.º 6 do mesmo Código).

\*

Obtido o acordo, efectua-se a remessa dos autos, no prazo de dez dias, ao tribunal competente para homologação, devendo ser incorporados no processo a que respeitam (artigo 621.º do citado Código).

Após vista ao Ministério Público<sup>10</sup>, os autos são conclusos ao juiz para, no prazo de sete dias, proferir sentença de homologação, a qual deve ser recusada quando (artigo 622.º, n.ºs 1 e 2 do Código do Consumidor):

- a) Ocorram vícios processuais relevantes de que lhe cumpra conhecer;
- b) Se verifique oposição de algum dos credores e o acordo revele manifesta desconformidade com os critérios de aplicação das medidas de reestruturação e a solução que seria obtida através

---

(incluindo as Regiões Autónomas) não se afigura muito eficaz que seja o respectivo director a percorrer todo o país com vista a celebrar acordos nos diversos locais onde os processos tenham sido instaurados e, ao mesmo tempo, também não se afigura conveniente que se concentrem na sede do GAPS (provavelmente em Lisboa ou no Porto) a realização destas sessões mas sim operando mecanismos de descentralização destas competências em entidades de âmbito regional.

<sup>10</sup> O Ministério Público exerce aqui um controle de legalidade do procedimento, sem prejuízo da representação do Estado e de outras entidades públicas.

No entanto, podendo as dívidas ao Estado ou a outras entidades públicas representadas pelo Ministério Público ser integradas no acordo com os credores ou no plano judicial de pagamento e não se dispondo nenhum mecanismo de representação do Ministério Público junto do GAPS, afigura-se que esta representação junto desta entidade administrativa deve ser assegurada por representantes das instituições ou serviços designados pelos respectivos dirigentes e não pelo Ministério Público cuja representação é feita em juízo.

do plano judicial de pagamento (artigo 619.º, n.º 2 do referido Código).

O recurso da decisão de homologação tem subida imediata, nos próprios autos, com efeito meramente devolutivo e com efeito suspensivo, se a homologação for recusada (artigo 622.º, n.º 3 do mesmo Código).

\*

Por outro lado, até ao trânsito em julgado da decisão que recuse a homologação, pode o devedor requerer ao juiz a remessa dos autos ao Gabinete de Apoio às Pessoas Sobreendividadadas para, no prazo máximo de quarenta e cinco dias, se proceder à sanação dos vícios que tenham afectado a elaboração do acordo e, quando seja necessário, se modificar o seu conteúdo (artigo 623.º do citado Código).

Prevê-se aqui um mecanismo que se destina a garantir a possibilidade de homologação do acordo de pagamento, a exemplo do que sucede noutras disposições do Código do Consumidor e que revelam a intenção deliberada em procurar obter uma solução equitativa e de acordo com os interesses do devedor e dos credores, salvo se os vícios processuais relevantes não serem passíveis de sanação.

O impulso processual para este efeito cabe apenas ao devedor e deve ser exercido até ao trânsito em julgado da decisão que recusou a homologação o que revela que lhe incumbe invocar questões de facto ou de direito que permitam a sanação dos vícios processuais detectados ou a modificação do conteúdo do acordo com vista a possibilitar a sua homologação.

Esta possibilidade pode justificar que o juiz, ao proferir despacho de recusa de homologação, indique quais os pontos ou aspectos que, no seu entender, devam ser modificados com vista a permitir a possibilidade de acordo de pagamento.

**ACORDO COM OS CREDORES**  
**- FASE DE HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO -**



Durante a vigência do acordo de pagamento:

- a) não podem ser instauradas acções executivas contra o devedor nem prosseguir as que estejam suspensas (artigo 624.º, n.º 1 do referido Código);
- b) com o trânsito em julgado da sentença de homologação e, desde que tal se encontre previsto no acordo de pagamento, prosseguem as acções executivas destinadas à cobrança de créditos com privilégio ou com preferência que se encontravam suspensas (artigo 624.º, n.º 2 do citado Código).
- c) o devedor obriga-se a actuar segundo as exigências da boa fé, devendo, designadamente (artigo 625.º do mesmo Código):
  - Cumprir com rigor as obrigações que dele decorrem;
  - Exercer de forma regular a actividade profissional que se encontra em condições de desempenhar;
  - Abster-se de actos que agravem o passivo, incluindo a inibição do uso de determinados meios de pagamento;

- Informar trimestralmente o GAPS dos termos em que o acordo está a ser executado, prestando os esclarecimentos complementares que lhe sejam pedidos;
- Dar a conhecer em tempo útil ao GAPS e aos credores ocorrências que prejudiquem a execução do acordo, assim como melhorias imprevistas da sua situação patrimonial;
- Comunicar as mudanças de domicílio.

O conjunto de injunções que são impostas ao devedor são absolutamente justificadas de acordo com os interesses que se procura acautelar durante a vigência do acordo e traduzem um conjunto de restrições à própria liberdade de deslocação e de fixação no território nacional (artigo 44.º da Constituição da República Portuguesa) que apresentam semelhança aparente com as medidas impostas aos insolventes (artigo 36.º, alínea *c*), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas) e aos arguidos em processo penal (artigos 196.º e 198.º, ambos do Código de Processo Penal).

Contudo, existem algumas diferenças na medidas em que, no âmbito do processo de insolvência, o tribunal fixa um determinado local como relevante para a residência, para efeitos do processo, enquanto que, no âmbito do processo penal, o juiz define onde que é que as pessoas obrigadas à residência vão viver (neste sentido, Rui Pinto Duarte, *Efeitos da Declaração de Insolvência Quanto à Pessoa do Devedor*, *Revista Themis*, 2005, pg. 135), enquanto que, no âmbito destes procedimentos de reestruturação do passivo do devedor insolvente, o devedor obriga-se apenas a comunicar as mudanças de domicílio com vista a que o tribunal ou o GAPS (e os credores) possam ter conhecimento do local onde o mesmo pode ser encontrado durante a execução do acordo de pagamento ou do plano judicial de pagamento.



Mostrando-se verificada a impossibilidade de obtenção do acordo, o GAPS comunica a situação ao devedor e aos credores por carta registada, podendo o devedor requerer, no prazo de dez dias a contar da comunicação, que o processo seja remetido ao tribunal para fixação do plano judicial de pagamento (artigo 630.º do Código do Consumidor).

Contudo, findo este prazo, sem que o devedor haja deduzido o pedido de continuação do processo, os autos são remetidos ao tribunal de origem, para serem apensados ao processo a que respeitam, no qual será declarada extinta a instância, caducando os efeitos do despacho de prosseguimento e prosseguindo as acções suspensas os seus normais termos (artigo 631.º do citado Código).

### IMPOSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DE ACORDO



Se o processo houver de prosseguir, em consequência do pedido formulado pelo devedor, o Gabinete de Apoio às Pessoas Sobreenvidadas, nos trinta dias seguintes ao termo do prazo previsto para o devedor requerer a remessa do tribunal, envia os autos ao tribunal acompanhados de relatório, onde se descrevam e analisem os obstáculos que impediram a conclusão do acordo, e de uma proposta de plano de regularização do passivo assente em pagamentos adequados aos rendimentos previsíveis do devedor durante o período de tempo da sua vigência (artigo 632.º, n.º 1 do referido Código).

Recebidos os autos no tribunal competente, são incorporados no processo a que respeitam e inicia-se então o procedimento de reestruturação do passivo com vista à fixação de um plano judicial de pagamento.

## II. III. O PLANO JUDICIAL DE PAGAMENTO

O **plano judicial de pagamento** consiste num programa segundo o qual o cumprimento das obrigações resultantes da aplicação das medidas de reestruturação do passivo seja compatível com os rendimentos do devedor, indicando-se o período de tempo durante o qual vigora, as obrigações impostas ao devedor e os respectivos prazos de cumprimento, os meios afectados ao serviço da dívida e todos os demais termos a que deve subordinar-se a sua execução (artigo 633.º, n.ºs 1 e 4 do Código do Consumidor).

As medidas para a reestruturação do passivo do devedor insolvente traduzem-se na constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, com a finalidade de permitir que o devedor fique vinculado, durante o período de vigência do acordo, ao cumprimento tão-só das obrigações que possam ser satisfeitas pelos seus rendimentos previsíveis.

Numa enumeração meramente exemplificativa, entre estas medidas incluem-se, designadamente, as seguintes:

- a) A modificação dos prazos de vencimento dos créditos;
- b) A redução, segundo juízos de equidade, das penas convencionais que se mostrem despropositadas no quadro global do plano de pagamento ou que sejam desajustadas à distribuição dos riscos do contrato;
- c) O fraccionamento das prestações em dívida;
- d) A redução do juro dos créditos para o valor da taxa legal, relativamente a todo o tempo de duração do contrato;
- e) A redução ou extinção de dívidas;
- f) A imputação no capital das importâncias já pagas a título de juros, em resultado da redução ou eliminação destes últimos;
- g) A dação em cumprimento;
- h) A cessão de bens aos credores;
- i) A criação, substituição, transferência ou extinção de garantias reais, nos termos permitidos por lei.

Num ou noutro caso, o plano de pagamentos deve conter uma proposta de satisfação dos direitos dos credores que acautele devi-

damente os interesses destes, de forma a obter a respectiva aprovação, tendo em conta a situação do devedor.

Este juízo exige que as medidas do plano devem ser tais que assegurem aos credores a satisfação dos seus interesses na medida em que os leve a aceitá-lo, por ser, pelo menos, correspondente à satisfação que o prosseguimento do processo de insolvência, nas suas várias fases, razoavelmente acarretaria.

O grau de satisfação dos interesses dos credores não pode deixar de ter em conta a situação patrimonial do devedor, estando presente uma ideia de proporcionalidade, no sentido de aquilo que o plano oferece aos credores ser aferido em função do que eles poderiam esperar receber, atendendo a essa situação.

Por um lado, há vantagens para o devedor na medida em que o afasta das consequências desfavoráveis emergentes do processo de insolvência, em particular da liquidação da massa insolvente e da própria publicitação da situação em que se encontra.

Por outro lado, há vantagens para os próprios credores na medida em que a satisfação razoável dos seus créditos implicará, em regra, vantagens quanto ao tempo e ao modo de realização do seu interesse e a segura exclusão das despesas emergentes da administração da massa insolvente.

\*

Proseguindo o processo para fixação do plano judicial de pagamento (artigos 630.º, n.º 2 e 632.º, n.ºs 1 e 2, ambos do Código do Consumidor), o Gabinete de Apoio às Pessoas Sobreendividadadas envia os autos ao tribunal acompanhados de relatório, onde se descrevam e analisem os obstáculos que impediram a conclusão do acordo, e de uma proposta de regularização do passivo assente em pagamentos adequados ao rendimentos previsíveis do devedor durante o período de tempo da sua vigência e, recebidos os autos no tribunal competente, são incorporados no processo a que respeitam.

O devedor pode fundamentar o pedido de fixação do plano judicial de pagamento por remissão para as propostas constantes do relatório apresentado pelo GAPS ou mediante a alegação de razões de facto e de direito que justifiquem as medidas de reestruturação, oferecendo



com a petição para continuação do processo logo os meios de prova e juntando, sob pena de indeferimento, declaração de onde conste o compromisso expresso de exercer, enquanto vigorar o plano, a actividade profissional para que dispõe de habilitações ou caso, esteja no desemprego, de não recusar oferta de trabalho que se encontre em condições de desempenhar (artigo 636.º do mesmo Código).

\*

O pedido de fixação do plano judicial de pagamento deduzido pelo devedor deve ser liminarmente indeferido se:

- a) For apresentado fora do prazo de dez dias a contar da comunicação pelo GAPS da impossibilidade de obtenção de acordo;
- b) Não constar a declaração de onde conste o compromisso de exercer actividade profissional ou de não recusar oferta de trabalho<sup>11</sup>;
- c) Não oferecer os respectivos meios de prova;
- d) Quando o pedido seja manifestamente improcedente ou ocorram, de forma evidente, excepções dilatórias insupríveis e de que o juiz deva conhecer oficiosamente; ou
- e) Existam nos autos elementos de onde possa concluir-se que o devedor, durante a fase do processo que decorreu perante o Gabinete de Apoio às Pessoas Sobreendividadas não prestou a colaboração que lhe era exigida (artigos 618.º e 638.º do Código do Consumidor).

Não existindo motivo para o indeferimento liminar, é ordenada a notificação dos credores para deduzirem oposição no prazo que o juiz fixar entre dez a vinte dias, devendo os credores oferecer logo as provas juntamente com o articulado de oposição e devendo tomar

---

<sup>11</sup> Pela natureza da declaração e consequências processuais previstas, julgamos que a omissão desta declaração pode dar origem a despacho de convite ao suprimento dessa falta e só em caso de não ser satisfeita, deve ser proferido despacho de indeferimento.

posição definida perante cada uma das medidas de reestruturação do passivo contidas no relatório do plano de pagamento elaborado pelo Gabinete de Apoio às Pessoas Sobreendividadas (artigo 639.º do citado Código).

Assim, a notificação dos credores deve ser efectuada com a junção do pedido formulado pelo devedor mas também deste relatório.

É permitida a possibilidade de resposta pelo devedor às oposições deduzidas estabelecendo-se que, mesmo que haja vários credores a opor-se separadamente, a notificação do devedor só se realiza depois de apresentada a última das oposições ou de esgotado o respectivo prazo, sendo as oposições notificadas ao devedor em conjunto e devendo a resposta a todas elas constar de articulado único, a apresentar no prazo de dez dias (artigo 604.º “*ex vi*” do artigo 640.º, ambos do Código do Consumidor).

#### PLANO JUDICIAL DE PAGAMENTO – FASE LIMINAR –



Findos os articulados, deve o juiz, nos quinze dias subsequentes, examinar as provas oferecidas e realizar as diligências necessárias, observando o disposto no artigo 304.º do Código de Processo Civil, ou seja, é aplicável a tramitação prevista para os incidentes da instância, aproveitando a todos os interessados o resultado das provas, o qual deverá ser tomado em conta na fundamentação das medidas impostas às partes no plano judicial de pagamento (artigo 641.º do Código do Consumidor).

Concluídas as diligências probatórias, é proferida decisão no prazo de quinze dias a qual fixa o plano judicial de pagamento com base no relatório apresentado pelo Gabinete de Apoio às Pessoas Sobreendividadas e na análise crítica das provas produzidas, devendo cada uma das medidas de reestruturação ser objecto de fundamentação específica (artigo 642.º, n.ºs 1 e 2 do citado Código).

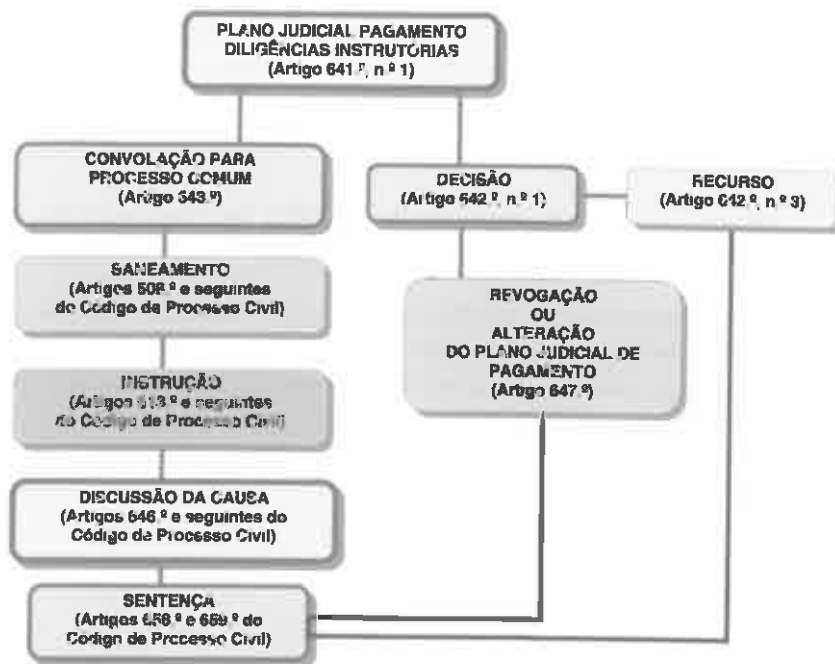
Esta decisão admite recurso nos termos gerais, com efeito meramente devolutivo (artigo 642.º, n.º 3 do mesmo Código) e, por se tratar de decisão que decide do mérito da causa, afigura-se-nos que o recurso em causa é de apelação (artigo 691.º, n.º 1 do Código de Processo Civil).

Contudo, sempre que a complexidade da causa o justifique, o juiz, findos os articulados, manda seguir os termos do processo comum de declaração adequados ao valor da acção<sup>12</sup>, devendo a decisão final proferida fixar o plano judicial de pagamento com base no relatório apresentado pelo GAPS e na análise crítica das provas, devendo cada uma das medidas ser objecto de fundamentação específica e cabendo recurso da decisão proferida, com efeito meramente devolutivo (artigo 643.º do Código do Consumidor).

---

<sup>12</sup> Em face do valor da acção fixado no artigo 648.º do Código do Consumidor, parece que a forma processual a seguir será sempre a forma comum ordinária na medida em que o valor excede sempre a alçada da Relação.

PLANO JUDICIAL DE PAGAMENTO  
 – FASE DE INSTRUÇÃO E DECISÃO –



Transitada em julgado a decisão que fixa o plano judicial de pagamento, é remetida, oficiosamente, certidão da mesma para acompanhamento da execução das medidas de reestruturação impostas (artigo 645.º, n.º 1 do Código do Consumidor).

Suscita dúvidas esta disposição normativa na medida em que se estabelece que o recurso da decisão que fixa o plano judicial de pagamento tem efeito meramente devolutivo e, por outro lado, determina a remessa de certidão da mesma para acompanhamento da execução das medidas de reestruturação impostas apenas quando se mostrar transitada em julgado essa decisão.

Assim sendo, havendo recurso da decisão que fixa o plano judicial de pagamento e tendo o mesmo efeito meramente devolutivo não se

vislumbra que motivos impedem a execução imediata daquela decisão e das medidas de reestruturação impostas e sendo evidente que esta decisão não apresenta qualquer outro objecto para a respectiva execução pelo que esta disposição normativa deveria ser objecto de alteração permitindo a imediata execução das medidas de reestruturação impostas em face do efeito do recurso fixado.

\*

Durante o prazo de execução das medidas de reestruturação do passivo, o plano judicial de pagamento pode<sup>13</sup>:

- a) ser revogado por iniciativa dos credores com base em actos do devedor que, designadamente pela sua gravidade ou reiteração, revelem violação de deveres incompatível com a manutenção do regime estabelecido para a realização do passivo (artigo 626.º “*ex vi*” do artigo 647.º, ambos do Código do Consumidor);
- b) ser convalidado o pedido e os termos do plano sempre que, atentas as circunstâncias concretas, essa seja a solução mais equitativa (artigo 627.º “*ex vi*” do artigo 647.º, ambos do Código do Consumidor);
- c) ser modificado a pedido de qualquer dos interessados, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, quando se verificarem factos supervenientes que justifiquem a alteração (artigos 628.º e 629.º “*ex vi*” do artigo 647.º, todos do Código do Consumidor).

\*

Cumprido o acordo com os credores ou o plano judicial de pagamento, o GAPS elabora relatório, com discriminação dos créditos satisfeitos, que remete ao tribunal no prazo de trinta dias.

Ouvidos os interessados, e não havendo oposição, o juiz declara extinta a instância e, em caso de oposição, o tribunal ordena as diligências probatórias necessárias antes de decidir sobre a alegação de falta de cumprimento integral (artigo 650.º do Código do Consumidor).

---

<sup>13</sup> Estas disposições são igualmente aplicáveis ao acordo de pagamento.

## II. IV. DISPOSIÇÕES FINAIS

Os procedimentos de reestruturação revestem-se sempre de carácter urgente, realizando-se os respectivos actos e correndo os prazos mesmo durante as férias judiciais, mantendo-se o carácter urgente nos casos em que haja convoção para a forma de processo comum ou tenha sido determinada a apensação de acções em que se apreciem questões relativas à existência, validade e montante das obrigações que integram o passivo (artigos 611.º e 649.º do Código do Consumidor).

A questão suscitada por esta disposição normativa prende-se com a atribuição de carácter urgente a processos que, normalmente, não beneficiariam dessa natureza, designadamente acções declarativas ou executivas (e os respectivos incidentes declarativos) em que se discuta a existência, a validade ou o montante das obrigações que integram o passivo do devedor.

Na verdade, nas últimas intervenções legislativas produzidas no âmbito da jurisdição cível, tem sido usada por diversas vezes a atribuição do carácter urgente dos processos, circunstância que tem banalizado a própria urgência dos actos a praticar nesses processos<sup>14</sup>.

Convém ter presente que a atribuição de carácter urgente a procedimentos de reestruturação do passivo envolvidos em processos comuns declarativos ordinários ou sumários, consoante o valor da causa, é susceptível de colidir com a natureza incidental e perfunctória que se encontra normalmente subjacente aos procedimentos de natureza urgente do Código de Processo Civil.

É certo que, em face dos interesses em causa, a urgência na decisão neste tipo de procedimentos também não se compadece com a normal morosidade dos processos mas a atribuição de carácter urgente a estes procedimentos de reestruturação do passivo justifica uma maior simplificação dos procedimentos e justifica-se apenas em face de um juízo perfunctório das questões submetidas a juízo.

---

<sup>14</sup> Sobre esta questão, basta pensar na atribuição de carácter urgente aos processos de insolvência, seja qual for a fase em que se encontram e ampliando-se esta natureza às próprias acções que lhes são apensas, situação que em tribunais de competência específica (Tribunais de Comércio) veio consubstanciar uma absoluta banalização e perda de eficácia do carácter urgente desses processos.

\*

É criado um regime de registo das acções especiais de reestruturação do passivo e de outras decisões proferidas no âmbito destes procedimentos junto do Instituto do Consumidor (artigo 651.º do citado Código).

Assim, são sujeitas a registo:

- a) a acção especial para reestruturação do passivo;
- b) o despacho de prosseguimento;
- c) as sentenças de homologação, revogação ou alteração do acordo de pagamento;
- d) a sentença que fixa o plano judicial de pagamento, assim como as decisões que o revoguem ou alterem;
- e) a sentença de extinção da instância.

Esta disposição normativa obriga a que a secretaria deva remeter officiosamente e após o trânsito de cada uma das decisões que são objecto de registo cópia das mesmas ao Instituto do Consumidor com vista ao cumprimento desta disposição normativa.

O Código do Consumidor não optou pela minúcia e pormenor previstos no artigo 38.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas ao estabelecer que as decisões proferidas no âmbito deste processo são registadas officiosamente, com base na respectiva certidão, para o efeito remetida pela secretaria, no prazo de cinco dias, na conservatória do registo civil, no registo informático de execuções, na página informática do tribunal e comunicadas ao Banco de Portugal para que este proceda à sua inscrição na central de riscos de crédito.

No entanto, dispõe que não ficam prejudicados os actos a que haja lugar nos termos da legislação relativa ao registo predial, ao registo comercial, ao registo automóvel e ao registo informático de execuções (artigo 651.º, n.º 2 do Código do Consumidor).

Contudo, tendo em conta que a situação de insolvência do devedor constitui pressuposto da aplicação das medidas de reestruturação do passivo e é verificada em processo instaurado nos termos previstos no Código do Consumidor e que transitada a decisão que julgue improcedente a pretensão do devedor, o juiz declara de imediato a sua insolvência ou ordena a remessa do processo ao tribunal competente

para esse efeito (artigos 583.º e 644.º, n.º 1, ambos do Código do Consumidor), parece que, caso seja verificada a situação de insolvência do devedor, deveria ser dado cumprimento aos mecanismos de comunicação e de registo oficioso.

Não obstante, a situação de insolvência do devedor constitui pressuposto da aplicação das medidas de reestruturação pelo que, iniciando-se a execução destas medidas, devem os procedimentos de comunicação e de registo oficioso ficar restringidas às finalidades estabelecidas naquelas medidas, ponderando os interesses dos credores e de terceiros mas evitando a exposição pública desnecessária do devedor, circunstância que pode bem ser prejudicial para a execução das medidas.

Assim sendo, caso se estabeleçam com maior pormenor e discriminação o conjunto de procedimentos de registo e de comunicação das decisões no âmbito dos procedimentos de reestruturação do passivo do devedor insolvente, deverão ser acautelados os fins e os objectivos fixados nas medidas constantes do acordo ou do plano judicial de pagamento, os interesses de terceiros e dos credores e a eventual desnecessidade de divulgação pública da situação do devedor, sem prejuízo do registo junto do Sistema Português de Defesa do Consumidor (SPDC), do registo informático de execuções e de um registo central de riscos de crédito.

\*

Os processos em que o devedor solicite a aplicação das providências destinadas à reestruturação do passivo estão isentos de custas, salvo se a pretensão for manifestamente inviável ou se o pedido, ou as medidas adoptadas, se frustrarem por motivo imputável ao requerente, não sendo devidas custas pelas entregas de bens e pagamentos aos credores, quando realizados ao abrigo do acordo homologado ou de plano judicial, sem prejuízo da responsabilidade por actos e incidentes supérfluos (artigos 652.º do Código do Consumidor e 448.º do Código de Processo Civil).





# O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DO CONSUMIDOR<sup>1</sup>

JOÃO ALVES

Procurador-Adjunto

Docente do CEJ

**Sumário:** I – Questões gerais; A) O levantamento da situação actual da protecção do consumidor; B) A revisão do acervo comunitário em matéria de protecção do consumidor; C) A extensão do conceito de consumidor; D) O programa legislar melhor – Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/06 de 18/5. II – O papel do M. Público (art. 666.º); III – A utilização da via extrajudicial (art. 535.º); IV – A providência cautelar de cláusulas contratuais gerais (art. 577.º); V – A isenção de custas na acção inibitória de cláusulas contratuais gerais (art. 571.º n.º 2); VI – A tramitação processual da acção inibitória de proibição de cláusulas contratuais gerais (art. 571.º e seg.).

## I. Questões gerais

A) O levantamento da situação actual da protecção do consumidor.

A Comissão do Código do Consumidor apresentou em 15/3/06 o Anteprojecto do Código do Consumidor, podendo ler-se na apresentação

---

<sup>1</sup> O presente texto corresponde aos apontamentos que serviram de base à intervenção proferida na acção de formação permanente do CEJ em 7/7/2006, subordinada ao tema “*Da protecção dos direitos do consumidor no Anteprojecto do Código do Consumidor*”.

que se procedeu “... às correcções necessárias, por um lado, e ao rasgar de novos caminhos...”.

O trabalho apresentado é de incontestável mérito, respeitando e dando continuidade, corrigindo e inovando, o que não significa que se concorde com todas as posições adoptadas no Anteprojecto.

Um dos objectivos do Código é instituir o Sistema Português de Defesa do Consumidor (SPDC), o conjunto de entidades, públicas e privadas, bem como dos órgãos e serviços, centrais e locais, que têm por objectivo, directo ou mediato, assegurar os direitos dos consumidores (Art. 654.º), entre as quais se encontram no Art. 655.º al. f) as “Entidades reguladoras na área da concorrência e outras entidades reguladoras sectoriais”.

Ora, no que respeita às entidades reguladoras parece-me que devia ter sido efectuada uma cuidada análise da situação actual sob pena do SPDC ser constituído por entidades que na sua lei orgânica não possuem qualquer referência directa à protecção dos consumidores – caso do Instituto de Seguros de Portugal e do Banco de Portugal.

Por outro lado, tal protecção é consagrada para outras entidades reguladoras: Autoridade da Concorrência (Art. 1.º n.º 2 do DL 10/03 de 18/19, Anacom (Art. 6.º n.º 1 al. h) e Art. 16.º n.º 2 do DL 309/01 de 7/12), Agência Portuguesa de Segurança Alimentar (Art. 2.º n.º 2 do DL 214-B/04) e Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (Art. 358.º al. a) do Código dos Valores Mobiliários).

**Conclusões:** Entendo ser necessário antes de alterar o actual sistema de protecção do consumidor compreender e enumerar quais os actuais pontos de bloqueio, ineficiência e desactualização, por forma a que o Anteprojecto consagre as melhores soluções. Tal análise irá para além das matérias contidas num futuro Código, por exemplo abrangendo a revisão da lei orgânica de entidades reguladoras, os poderes do Ministério Público para defender os consumidores no foro cível, o papel e a extensão dos Julgados de Paz.

B) A revisão do acervo comunitário em matéria de protecção do consumidor.

O processo de revisão de legislação comunitária em matéria de protecção do consumidor remonta ao programa de acção 2002-2006. A Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho relativa ao direito europeu dos contratos e a revisão do acervo (COM (2004) 651 de 11/10/04) apontou a necessidade de melhorar a qualidade e consistência da legislação relacionada com a protecção do consumidor.<sup>2</sup>

Neste momento estão em revisão as seguintes Directivas: venda de bens e garantias (99/44/EC), preços (98/6/EC), acções inibitórias (98/27/EC), vendas à distância (97/7/EC), timeshare (94/47/EC), cláusulas contratuais (98/13/EC), viagens organizadas (90/314/EC), vendas à distância (85/577/EC), prevendo-se estar concluída no ano de 2006 a fase de diagnóstico.

Assim, é de prever que no espaço de 1/2 anos existam importantes alterações que terão que ser introduzidas na legislação interna, afectando quase todo o Capítulo IV do Anteprojecto, colocando-se a questão de saber se se deve avançar com um Código que a curto prazo terá que ser bastante alterado.<sup>3</sup>

**Conclusões:** Entendo não ser urgente a entrada em vigor de um Código do Consumidor, pelo que, existe a possibilidade de efectuar uma discussão do Anteprojecto sem a pressão do tempo, ouvindo mais intervenientes (sobretudo da área económica), por áreas, de preferência

---

<sup>2</sup> O sumário dos progressos verificados pode ser consultado no First Annual Progress Report on European Contract Law and the Acquis Review – 2005 (COM (2005) 456 of 23.09.2005), acessível em [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/progress05\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/progress05_en.pdf)

<sup>3</sup> O art- 6.º n.º 3 da Lei 26/06 de 30/6 determina que deve proceder-se à republicação integral de um diploma sempre que as alterações afectem substancialmente o preceituado de um acto legislativo, as alterações modifiquem substancialmente o pensamento legislativo das leis ou o legislador o determine. Assim, fica atenuado o problema actualmente existente de dificuldade de consulta de diplomas que sofreram várias alterações.

adoptando o formato de workshops temáticos, de forma a habilitar o Governo com múltiplas posições que permitam a tomada das soluções mais eficazes e económicas. Este prolongamento da discussão permitiria acompanhar a revisão das Directivas comunitárias e conjugar a revisão da legislação comunitária com a entrada em vigor do Código do Consumidor.

C) A extensão do conceito de consumidor.

Na actualidade, possuímos uma definição geral de consumidor (constante da Lei 24/96 – Lei de defesa do consumidor) que nos serve para os casos em que a Lei se refere ao consumidor sem o definir e várias definições (Lei especial) constantes de diplomas que procedem à transposição de Directivas comunitárias (onde o conceito também varia).

Este enquadramento legal tem funcionado bem, é pacífico na jurisprudência<sup>4</sup>, e está em consonância com a situação comunitária.

Para além de uma pequena parte da Doutrina a verdade é que desconheço quaisquer estudos jurídicos/económicos que sustentem a necessidade desta alteração em Portugal.

Por outro lado, numa perspectiva de concorrência, é preciso não esquecer que Portugal tem uma economia pequena, aberta e bastante dependente do exterior com graves problemas de atracção de investimento e competitividade, que seriam agravados com este alargamento do conceito de consumidor. Pese embora o teor dos Art. 11.º e 12.º do Anteprojecto não restem dúvidas que a notícia que passaria no estran-

<sup>4</sup> Entre outras decisões “...Tendo o A. comprado os tubos em causa no exercício da sua actividade comercial e para forrar um furo que estava a levar a efeito por conta de F, para uso profissional, portanto, não beneficia o A. do regime especialmente proteccionista estabelecido para o consumidor parte fraca, leiga, profana, a parte débil economicamente ou a menos preparada tecnicamente de uma relação de consumo concluída com um contraente profissional, uma empresa.”- Ac. STJ de 11/3/03, Proc. 890/02, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

geiro era a de que em Portugal «todos beneficiam da protecção dos consumidores».

Quanto a esta questão no âmbito europeu, o recente código de consumo italiano (entrou em vigor em 23/10/05) não seguiu a solução de ampliação do conceito agora proposta no Anteprojecto, limitando o conceito a pessoas singulares.<sup>5</sup>

No âmbito da revisão do acervo comunitário em matéria de protecção do consumidor, a Comissão Europeia, Direcção Geral da Saúde e Protecção do Consumidor realizou em 21/6/05 em Bruxelas um workshop com o tema “The notion of consumer and professional”, onde foi geral o acordo de que só as pessoas singulares devem integrar a definição de consumidor, sem prejuízo de, em casos específicos (instituições de caridade, pequenos negócios) ser estendida tal protecção.

Quanto aos casos mistos, em que uma pessoa actua em parte no âmbito do seu negócio e em parte para fins particulares (Ex: advogado que compra um computador portátil que utiliza no escritório e em casa para fins particulares), importa referir a existência de uma sentença do Tribunal de Justiça das Comunidades de 20/1/05 (Gruber v Bay Wa AG, C-464/01) que interpretou o Art. 13.º da Convenção de Bruxelas<sup>6</sup> (também denominada Bruxelas I) de 24 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial (hoje substituída pelo Regulamento CE n.º 44/01 do Conselho

---

<sup>5</sup> Códice dei Consumatori:

Art. 3.º

(Definizioni)

1. Ai fini del presente código si intende per:

a) Consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta;

Secção 4

Competência em matéria de contratos celebrados pelos consumidores

Artigo 13.º Em matéria de contrato celebrado por uma pessoa para finalidade que possa ser considerada estranha à sua actividade comercial ou profissional, a seguir denominada «o consumidor», a competência será determinada pela presente secção, sem prejuízo do disposto no artigo 4.º e no ponto 5 do artigo 5.º:

de 22/12/00<sup>7</sup>, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Jornal Oficial n.º L 012 de 16/01/2001 p. 0001 – 0023), que possui um conceito de consumidor similar ao constante do acervo comunitário, em que se entendeu que as transacções mistas não são contratos de consumo para efeitos do Art.13.º da Convenção.

Conclusões: Por motivos de custos, concorrência, evitar litigiosidade nos Tribunais e alinhamento com a tendência comunitária sugiro a eliminação dos Art. 11.º e 12.º, acrescentando-se ao Art. 10.º n.º 1 “Salvo disposição legal em contrário”, com as consequentes alterações no Capítulo IV a definir quem é consumidor caso a caso.

No fundo, defendo a manutenção da actual situação que não tem gerado dúvidas e conflitos e porque não vislumbro qualquer necessidade socio-económica que justifique a alteração.

#### D) O Programa Legislar Melhor – Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/06 de 18/5.

Este programa visa legislar melhor, com mais justificação, adequação e qualidade dos actos normativos, com mais preocupação pela simplificação e transparência dos procedimentos, de forma a desburocratizar o Estado e a facilitar a vida dos cidadãos e das empresas num ambiente amigo da concretização eficiente dos direitos e dos interesses legítimos (cfr ponto 1 do preâmbulo).

---

7

#### Secção 4

Competência em matéria de contratos celebrados por consumidores

#### Artigo 15.º

1. Em matéria de contrato celebrado por uma pessoa para finalidade que possa ser considerada estranha à sua actividade comercial ou profissional, a seguir denominada “o consumidor”, a competência será determinada pela presente secção, sem prejuízo do disposto no artigo 4.º e no ponto 5 do artigo 5.º:

O teste SIMPLEX destina-se à avaliação prévia e sucessiva do impacto de actos normativos bem como ao controlo de qualidade da produção normativa, reflectindo recomendações e conclusões de diversos estudos nacionais e internacionais sobre a qualidade dos actos normativos. Este teste encontra-se no anexo III à Resolução do Conselho de Ministros n.º 64/06 de 18/5 e, do seu confronto o Anteprojecto deixo algumas notas sobre eventuais consequências da implementação do Código do Consumidor conforme consta do Anteprojecto:

- Implica custos administrativos e burocráticos para a Administração Pública;

Ex: A nível do funcionamento e manutenção de estruturas administrativas de manutenção, a criação do Centro Nacional De Informação, Mediação, Conciliação E Arbitragem Em Matéria De Consumo (Art. 681 e seg.).

Ex: A nível de perda de receitas e continuação do elevado nível de litigiosidade, a isenção objectiva de custas na acção inibitória prevista no Art. 571.º n.º 2.

Ex: Aumento da litigiosidade nos tribunais, resultante do alargamento do conceito de consumidor (Art. 11.º).

Ex: Aumento da litigiosidade nos tribunais, face à eliminação do actual Art. 1.º n.º 2 do DL 446/85 de 25/10 (contratos individualizados), sem que no Art. 202.º exista norma equivalente. Não será difícil de prever a posição dos réus argumentado que os contratos individualizados deixaram de estar sujeitos ao regime das cláusulas contratuais gerais (o que já aconteceu antes do DL 249/99 de 7/7 ter aditado o referido n.º 2 ao Art.1.º do DL 446/85).

Ex: Aumento da litigiosidade, morosidade e custos nos tribunais, resultante de sempre ser admitido recurso para o STJ nas acções inibitórias (Art. 565.º n.º 1).

- Implica encargos administrativos para os consumidores e associações:

Ex: A nível de exigência de atestados, as associações de consumidores têm de apresentar com a petição inicial certidão comprovativa da sua inscrição no registo (Art. 559.º n.º 3).



Ex: Também a nível de exigência de atestados, a necessidade de junção de certidão comprovativa da existência de procedimento judicial prévio com a petição inicial (Art. 535.º n.º 2).

– Pouca compatibilidade com a administração electrónica:

Ex: Se determinada associação de consumidores consta do registo nacional de associações de consumidores (Art. 674.º n.º 3 al. u), registo relativamente ao qual não se vislumbram motivos para não ser público, não se justificará exigir apenas a menção do n.º desse registo?

Ex: A comunicação das decisões judiciais para efeito de registo (Art. 580.º) devia ser efectuada por via electrónica por força a permitir a rápida inserção e diminuição de custos com pessoal na entidade que procederá ao registo (Art. 674.º n.º 3 al. r).

## II. O papel do Ministério Público (Art. 666.º)

*“Registe-se que o Ministério Público se encontra desprovido de meios, no foro cível, para a realização de diligências de averiguação, pois os particulares não estão obrigados a cooperar...”* (Rodrigues, José Narciso da Cunha, Em Nome do Povo, Coimbra Editora, 1999, pág. 174).

Ao longo do texto do Anteprojecto o Ministério Público (MP) surge mencionado nos seguintes artigos: Art. 409.º n.º 2 e 3 (Concurso de infracções), Art. 439.º n.º 1 e 2 (Entidades competentes), Art. 441.º (Destruição dos bens ou objectos), Art. 557.º n.º 1 (Condenação em prestações não pecuniárias), Art. 559.º n.º 1 al. b) e n.º 4 (Legitimidade activa), Art. 578.º n.º 1 e 2 (Litispendência. Caso julgado), Art. 601.º (Vista ao Ministério Público), Art. 622.º n.º 1 (Sentença de homologação) e Art. 666.º (Ministério Público).

Os Art. 409.º, 439.º e 441.º envolvem competências na área penal, os Art. 557.º, 559.º, 578.º, 601.º e 622.º na área cível e o Art. 666.º sintetiza o âmbito das competências do Ministério Público.

Uma clara conclusão pode-se retirar da leitura do Anteprojecto é que não existe rigorosamente nenhuma novidade no que respeita a poderes concedidos ao MP para que possa, na prática, intervir “... em acções administrativas e cíveis, tendentes à tutela dos interesses individuais homogéneos e dos interesses colectivos ou difusos dos consumidores , ...”.

Como tal, a ser aprovado o Anteprojecto nestes termos, continuará o MP na mesma, sem meios processuais (embora possua a legitimidade) no foro cível que lhe permitam efectivamente, no dia a dia, perante particulares, empresas, empresários em nome individual, produtores, intermediários, etc, actuar oficiosamente, em nome próprio, enquanto parte, protegendo “...interesses individuais homogéneos e dos interesses colectivos ou difusos dos consumidores ...”.

Na verdade, a decisão do MP intentar uma acção baseia-se na existência dos pressupostos do direito de acção e pressupõe a existência de factos, suportados por provas susceptíveis de fundamentar a pretensão que vai deduzir em juízo – a questão é, como é que os obtém? Numa sociedade caracterizada por uma forte conflitualidade, com um sistema judicial desacreditado, frequentes atropelos aos direitos dos consumidores e sem quaisquer poderes para obrigar directamente alguém a prestar declarações ou sancionar a sua falta à inquirição ou entrega de documentos, já se pode perceber a razão do que considero ser a pouca intervenção do MP na defesa dos consumidores.

Face a este panorama de ausência de meios legais, o que sugerir? Parece-me que, nesta matéria dos interesses difusos o exemplo do Brasil é muito interessante. O MP brasileiro dispõe de dois instrumentos jurídicos – o “*inquérito civil*” e a “*acção civil pública*” (equivalente à nossa acção inibitória). O inquérito civil foi criado pela Lei 7.347 de 24/7/85, trata-se de um procedimento de natureza administrativa inquisitorial, exclusivo do MP, com coercibilidade assegurada com penas de multa e crime e que se destina à recolha de provas para: Efectuar recomendação ao investigado, promover audiência pública, realizar termo de ajustamento de conduta e intentar acção civil pública.

Por outro lado, porque não consagrar no Anteprojecto a possibilidade de conferir a um “acordo” com o MP ou associações de consumidores as consequências que resultam de uma sentença inibitória

(cfr Art. 578.º a 580.º do Anteprojecto – caso julgado, litispendência, registo) se o predisponente de cláusulas aceitar eliminá-las antes da propositura da acção inibitória ou já durante a sua pendência?

**Conclusões:** O Ministério Público continua desprovido de poderes que lhe permitam instruir, em caso de falta de colaboração de particulares, eventuais providências cautelares ou acções para defesa dos consumidores, exige-se coerência do sistema, se tem as competências para defender os consumidores tem que ter os meios processuais para o fazer, no mínimo, poderes semelhantes aos que possui o Instituto do Consumidor<sup>8</sup> e que são comuns a qualquer entidade reguladora.

A concessão desses poderes devia ser acompanhada da possibilidade de estabelecer acordos com consequências similares aos resultantes de uma sentença inibitória.

### **III. A utilização da via extrajudicial (Art. 535.º)**

O Art. 535.º do Anteprojecto está integrado no Título III, Capítulo II, Secção I relativa ao processo em geral.

Em síntese, o que nos diz é que em certos litígios o recurso a Tribunal depende da junção de certidão comprovativa de há menos de

---

8

#### **Artigo 2.º (DL 234/99 de 25/6)**

##### **Pedido de informações, elementos ou diligências**

O presidente do Instituto do Consumidor, mediante pedido fundamentado, pode solicitar e obter de quaisquer entidades públicas e privadas fornecedoras de bens, prestadoras de serviços e transmissoras de direitos as informações, os elementos e as diligências que entender necessários à salvaguarda dos direitos e interesses dos consumidores.

#### **Artigo 12.º (DL 234/99 de 25/6)**

##### **Princípio de colaboração**

Todos os serviços da administração directa, indirecta, regional e local, no quadro das respectivas atribuições, devem prestar ao Instituto do Consumidor a colaboração que se mostrar necessária para cumprimento dos objectivos contemplados no presente diploma.

6 meses as partes terem tentado sem êxito a resolução do litígio em: serviços de mediação, comissões de resolução de conflitos ou provedores de clientes.

A resolução extrajudicial de conflitos é essencial na defesa dos consumidores em virtude das conhecidas dificuldades de acesso aos tribunais (de ordem material- custos elevados da consulta jurídica e da representação e longos períodos de espera até que os processos sejam julgados e ordem psicológica- formalismo que acompanha os procedimentos judiciais e complexidade desses procedimentos) porém, tais meios têm que assegurar garantias de qualidade e independência. Ora, quanto aos provedores de clientes, entendo não estar assegurado que assim aconteça, na prática, vejo-os a cumprirem um papel de “modernidade da empresa”, com os inevitáveis “obrigado pela sua reclamação”, “vai ser analisada com toda a atenção”, para culminar numa decisão que reproduz os fundamentos já avançados pela entidade que representa ao consumidor.

Por outro lado, esta obrigação imposta ao consumidor é desproporcional e gravosa para os seus interesses, ele tem que recorrer à via extrajudicial (que vai retardar a resolução do conflito) sob pena de não poder intentar a acção e, relativamente ao profissional que empata, retarda ou nega chegar a acordo na fase extrajudicial não existem quaisquer sanções/consequências?

**Conclusões:** Este artigo tem que ser reformulado sob pena de se criar mais uma fonte de morosidade no acesso à justiça. A minha sugestão vai no sentido de se adoptar um regime sancionatório semelhante ao constante no regime processual simplificado do DL 108/06, Art. 9.º n.º 3 e a criação de um Fundo de Interesses Difusos, por exemplo, aditando um n.º 3 ao Art. 535.º do seguinte teor:

*“3. O réu que recusou ou não chegou a acordo em sede de resolução extrajudicial, perde o direito à compensação pela parte vencida de custas de parte e, se o autor for a parte vencedora, a procuradoria é fixada no máximo legal, acrescida da quantia correspondente a 3% do valor da acção para o Fundo de Interesses Difusos.”*

#### IV. A providência cautelar de cláusulas contratuais gerais (Art. 577.º)

O teor do Art. 577.º do Anteprojecto é semelhante ao actual Art. 31.º do DL 446/85 de 25/10.

Ora, é preciso não esquecer que durante os anos em que decorre a acção inibitória a(s) cláusula(s) abusiva(s) continuam a ser utilizadas e a produzir efeitos até que a decisão transite em julgado.

Este problema não é exclusivamente português, no Relatório da Comissão das Comunidades Europeias sobre a aplicação da Directiva 93/13/CE<sup>9</sup> pode ler-se “... *A fim de obviar ao problema que implica a lentidão do processo judicial nos Estados- Membros, seria desejável instituir processos que permitam obter rapidamente a supressão das cláusulas abusivas*”.

No âmbito do Art. 31.º do DL 446/85 a jurisprudência tem tomado duas posições: Exigindo a verificação dos mesmos requisitos que os procedimentos cautelares comuns (Art. 381.º a 392.º do Código de Processo Civil) ou entendendo que a exigência dos requisitos dos procedimentos cautelares previstos no CPC tem que ser efectuada com as devidas adaptações (adaptações essas que o Art. 31.º n.º 2 do DL 446/85 exige), centrando-se a questão no requisito do prejuízo irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

Os interesses difusos reportam-se a bens indivisíveis em que não existe fruição exclusiva por nenhum titular, a sua fruição é comum, a satisfação do interesse difuso implica sempre a satisfação de toda a colectividade, da mesma forma que a sua lesão se concretiza em todos, assim, uma única conduta danosa (uma simples cláusula abusiva) pode afectar um elevado número de sujeitos face à disponibilidade e difusão desse contrato no comércio jurídico, situação que acontece nos sectores de contratação em massa (produtos bancários, seguros, entre muitos).

O fundado receio da inclusão em contratos singulares deriva da disponibilidade do contrato no comércio jurídico, com vista a ser

---

<sup>9</sup> Acessível em [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/unf\\_cont\\_terms/uct03\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/uct03_pt.pdf)

utilizado no presente e futuro para contratação com qualquer interessado na celebração daquele contrato sendo que, a lei não exige que as cláusulas tenham sido efectivamente utilizadas<sup>10</sup> em algum contrato.

**Conclusões:** O Anteprojecto não efectuou as correcções necessárias, de forma a solucionar as divergências jurisprudenciais que conduzem à quase não utilização desta medida cautelar quando já existem muitas dezenas de acções inibitórias intentadas mas, em que o seu tempo médio de duração até ao trânsito em julgado andarà pelos 5/6 anos.<sup>11</sup>

É preciso não esquecer que durante os anos em que decorre a acção inibitória a(s) cláusula(s) abusiva(s) continuam a ser utilizadas e a produzir efeitos até que a decisão transite em julgado, assim prejudicando os consumidores. Acresce que, até por motivos de concorrência, os agentes económicos têm direito a agir num quadro claro e conciso e em que os prevaricadores sintam em tempo as consequências das suas condutas.

Pelo exposto, e porque a lei deve ser clara, simples e concisa, o Art. 577.º n.º 2 do Anteprojecto deve ser alterado de forma a especificar, em concreto, quais os requisitos específicos a que obedece a proibição provisória de cláusulas contratuais gerais, requisitos esses que terão que ter em conta que na acção inibitória não estamos perante direitos subjectivos, matriz sobre a qual assenta o procedimento cautelar comum previsto no Código de Processo Civil, mas sim perante um interesse difuso.

---

<sup>10</sup> Cfr Costa, Mário Júlio de Almeida, *Nótula sobre o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais*, Universidade Católica, 1997, pág. 21.

<sup>11</sup> Veja-se o recente exemplo (entre muitos) no Ac. do STJ de 11/10/05, Proc. 04B1685, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), em que a acção inibitória foi intentada em 19 Junho de 1997 e o Ac. do STJ foi proferido em 11/10/05 = 9 anos depois.

## V. A isenção de custas na acção inibitória de cláusulas contratuais gerais (Art. 571.º n.º 2)

O conceito de custas judiciais traduz a ideia de custo, do preço do serviço de justiça prestado pelo Estado, envolvendo também uma ideia de sanção, a que está sujeita a parte vencida, dada a actividade e responsabilidade no activar do aparelho judicial.

Os casos existentes de isenção objectiva de custas são uma excepção à regra geral de que os processos estão sujeitos a custas (Art. 1.º do CCJ), é a lei – o CCJ ou lei especial que enumera taxativamente as entidades (isenção subjectiva) ou os processos (isenção objectiva) em que não há lugar ao pagamento de custas.

No Anteprojecto existem duas acções inibitórias, uma geral prevista nos Art. 558.º e seg. e uma especial prevista nos Art. 571.º e seg. relativa à proibição de cláusulas contratuais gerais.

A acção inibitória geral consagra uma isenção subjectiva para as associações de consumidores no Art. 565.º n.º 2 e 3.

A acção inibitória para a proibição de cláusulas contratuais gerais consagra no Art. 571.º n.º 2 uma isenção objectiva de custas.

No que respeita ao MP o mesmo está isento de custas por actuar officiosamente (Art. 2.º n.º 1 al. a) do CCJ).

A análise das disposições do anterior e actual CCJ e legislação avulsa relativamente aos casos previstos de isenções objectivas de custas, de acordo com o espírito ou unidade intrínseca, permite constatar que na sua origem se encontram motivações e circunstâncias de cariz social e de interesse e ordem pública, que não se vislumbram existir de molde a justificar a isenção de custas pelos profissionais. É verdade que, quando da entrada em vigor do DL 446/85 se temeu uma instabilidade jurídica, o que poderia ter justificado esta solução, bem como a consagração da possibilidade de recurso até ao STJ. Porém, tal não aconteceu, não se justificando a manutenção desta possibilidade de litigar gratuitamente por parte de quem possui meios humanos e materiais e que, caso não os possua, poderá recorrer ao apoio judiciário.

**Conclusões:** Entendo não existir justificação jurídica, social e económica para a isenção consagrada no Art. 571.º n.º 2, pelo que,

sugiro a sua eliminação, vigorando para ambas as acções inibitórias o regime do Art. 565.º n.º 2 e 3.

## VI. A tramitação processual da acção inibitória de proibição de cláusulas contratuais gerais (Art. 571.º e seg.).

Em virtude de limitações de tempo e de ordem prática limitarei a minha análise à acção inibitória de proibição de cláusulas contratuais gerais, dado ser a mais frequente nos Tribunais.

Foi opção do DL 446/85 e do Anteprojecto efectuar um controlo judicial das cláusulas contratuais gerais nulas<sup>12</sup> mas, uma análise fria da realidade permite constatar que a situação que se vive é de impunidade, basta uma singela consulta na Internet aos sites dos maiores utilizadores de cláusulas contratuais gerais na contratação para constatar que a excepção é não encontrar cláusulas nulas nos contratos aí exibidos.

Optou o Anteprojecto por criar uma forma de processo especial no Título III, Capítulo II, Secção I e III, sendo de realçar que na apresentação do Anteprojecto se qualifica como inovadoras as disposições processuais respeitantes à acção inibitória.

Porém, não vislumbro verdadeira inovação na tramitação processual desta acção porque as actuais fontes de bloqueio permanecem no Anteprojecto.

---

<sup>12</sup> Pese embora a existência de dois casos de controlo exercido preventivamente por órgão(s) incumbido(s) de fiscalizar as minutas das cláusulas contratuais gerais que o predisponte pretende impor nos contratos que vier a celebrar no futuro, que não prejudicam o eventual recurso ao Tribunal:

- DL 486/99 (Código dos Valores Mobiliários) de 13/1, art- 257 n.º 1 ao estabelecer que “ *As operações a prazo realizam-se nos termos de cláusulas contratuais gerais...*” que estão sujeitas a “... *aprovação da CMVM* ” (art. 257 n.º 2 al. b).
- Lei 5/04 (Lei das comunicações electrónicas) de 10/2, art- 39.º n.º 4 – “As empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público devem enviar os respectivos contratos de adesão à ARN, a quem compete aprová-los...”



Pese embora o esforço das Associações de Consumidores e do Ministério Público que já intentaram muitas dezenas de acções, as mesmas arrastam-se por meia dúzia de anos até transitarem em julgado. Assim, mais que uma mudança da forma de processo, na minha perspectiva, importa detectar e analisar os actuais bloqueios e enunciar o objectivo desta acção inibitória.

É certo que existe um problema de ordem geral derivado da morosidade que afecta os processos cíveis porém, existem causas específicas que explicam a actual ineficácia:

- O bloqueio no uso da providência cautelar de cláusulas contratuais gerais, que abordei no ponto IV.
- A isenção de custas desta acção (segundo entendimento de parte da jurisprudência).
- A possibilidade (sempre utilizada) de recurso para o STJ, pese embora a acção siga a forma de processo sumário.

Esta possibilidade de recurso para o STJ é retomada no Anteprojecto (resulta da remissão do Art. 572.º para o Art. 565.º n.º 1) e parece estar à margem da projectada revisão do sistema de recursos em processo civil.<sup>13</sup> É minha opinião que o STJ deve ser uma instância excepcional de recurso, reservado a casos de relevância fundamental ou para a uniformização da jurisprudência.

No caso concreto, sendo as cláusulas contratuais gerais matéria de índole contratual, partilho a opinião do Sr. Conselheiro Cardona Ferreira de que “... problemas contratuais, etc., não justificarão, na maioria dos casos, o recurso ao STJ”.<sup>14</sup>

Em virtude da utilização na contratação em massa, o potencial lesivo da existência de cláusulas contratuais gerais nulas é enorme para os consumidores, uma simples cláusula nula pode afectar muitos

---

<sup>13</sup> Cfr quanto ao exercício de avaliação legislativa, *O Sistema de Recursos em Processo Civil e em Processo Penal*, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra Editora, Fevereiro de 2006.

<sup>14</sup> Ferreira, Cardona, *É Tarefa do STJ Uniformizar a Jurisprudência*, Fórum Iustitiae, 1999, n.º 1, pág. 16.

milhares de consumidores e provocar significativas distorções na concorrência entre empresas. Face a este panorama, o objectivo do legislador só pode consistir na sua erradicação do comércio jurídico mas, como? Prevenindo o seu surgimento (campanhas de informação, fomentando acordos de conduta em sectores críticos, aumentando os casos de controlo administrativo), consagrando a possibilidade de declaração de nulidade de cláusulas por via extrajudicial (cfr ponto II) e por fim sancionando em tempo e severamente quem as utilize (facilidade no uso da providência cautelar, criação de um Fundo de Interesses Difusos, fim da isenção de custas).

No que respeita à tramitação processual prevista para esta acção no Anteprojecto, não tenho comentários em especial, penso que traduz uma visão muito clássica do processo civil, numa altura e numa área em que ocorreram importantes alterações socio-económicas que exigem simplicidade, rapidez, flexibilidade, segurança e justiça na resolução dos litígios. Nesta medida, deixo a minha preferência por uma eventual aplicação do regime processual civil simplificado<sup>15</sup> de natureza experimental do DL 108/06 de 8/6 à actual acção inibitória de cláusulas contratuais gerais, pelos seguintes motivos:

- Possibilidade de na providência cautelar se antecipar o juízo sobre a causa principal (Art. 16.º).
- Actos processuais praticados por via electrónica (Art. 3.º).
- Prazo para a contestação de 30 dias (Art. 8.º n.º 3).
- Apresentação com os articulados do pedido de gravação da audiência final e provas (Art. 8.º n.º 5).
- Regime da audiência final (Art. 14.º).
- Sentença limitada à parte decisória (Art. 15.º n.º 2).

**Conclusões:** Os factores de bloqueio da actual acção inibitória de proibição de cláusulas contratuais gerais continuam presentes no Anteprojecto.

---

<sup>15</sup> Para uma análise deste regime simplificado vide, Setil, Inês, Maia, Elísio Borges, *Breve Comentário ao Regime Processual Simplificado aprovado pelo DL 108/06 de 8/6*, *Scientia Iuridica*, Tomo LV, n.º 306, 2006, pág. 306-346.

No controlo de cláusulas contratuais gerais nulas importa introduzir uma forma de controlo extrajudicial consagrando a possibilidade de conferir a um “acordo” com as entidades que possuem legitimidade activas as consequências que resultam de uma sentença inibitória, bem como consagrar um regime sancionatório para quem utiliza cláusulas nulas.

A tramitação processual prevista no Anteprojecto para a acção inibitória de proibição de cláusulas nulas traduz uma visão clássica do processo civil.

Entendo existirem maiores potencialidades de rapidez, celeridade e eficácia no sistema actual, com eventual recurso ao regime processual civil de natureza experimental do DL 108/06 de 8/6.

## Trabalhos de Estudantes do Curso



# DEVER DE INFORMAÇÃO NOS CONTRATOS À DISTÂNCIA E AO DOMICÍLIO\*

IGOR RODRIGUES BRITTO

Advogado

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Dever pré-contratual de informação; 2.1 Dever de informação, conselho ou recomendação; 2.2 Dever de informação e dever de esclarecimento; 2.3 Dever de informação e dever de verdade; 3 Princípios relativos ao dever de informação; 3.1 Princípio da Boa-Fé; 3.2 Princípio da Autonomia Privada; 3.2 Princípio da Protecção da Confiança; 4 O Regime dos Vícios de Vontade (Erro e Dolo); 5 Contratos à distância e ao Domicílio; 5.1 Dever de informação no Decreto-Lei 143/2001; 5.2 Princípios relativos ao dever de informação na Directiva 97/7/CE; 5.2.1; Essencialidade; 5.2.2 Compreensibilidade; 5.2.3 Acessibilidade.M 5.2.1 Tempestividade; 5.3 Consequências da omissão de informações; Conclusão; 7 Referências; Bibliográficas

## 1. INTRODUÇÃO

O direito à informação configura um princípio basilar do direito do consumo, justificando de maneira quase uniforme previsões nas legislações mundiais.

Reconhecida a vulnerabilidade do consumidor, cria-se a importância de mantê-lo informado. Mesmo porque, a situação de risco que o consumidor se encontra diante da condição privilegiada do fornecedor

---

\* Trabalho apresentado na cadeira de Direito dos Contratos no âmbito do VII Curso de Pós-graduação em Direito do Consumo e dos Contratos, no ano lectivo de 2004/2005

nas relações de consumo, muitas vezes é resultante da falta de informação do consumidor, ou até mesmo, o seu motivo determinante. Assim, necessária é a intervenção do Estado a fim de promover um equilíbrio contratual através de vários mecanismos legais entre eles a obrigação de informar o consumidor.

O actual estágio de desenvolvimento do mercado de consumo propicia cada vez mais a distância entre o empresário e o consumidor, permitindo um meio negocial de altíssimo risco para este último. Desta forma justificam-se os deveres de cuidado que hão de ser observados nas relações negociais em contratos de consumo, dentre eles o dever de informação do fornecedor.

A informação da qual tratamos é inerente a um direito do consumidor perante o fornecedor de bens ou serviços, é “o direito à prestação positiva oponível a todo aquele que fornece produtos e serviços no mercado de consumo”<sup>1</sup>. O Estado não possui meios eficazes de fornecer ao consumidor todas as informações necessárias sobre os produtos que deseja adquirir, serviços que deseja contratar e contratos que deseja celebrar. Transmite ao fornecedor de bens e serviços essa obrigação, posto que é ele o detentor das informações o que lhe confere a posição de vantagem negocial em relação ao consumidor.

Em todo o ordenamento jurídico português, em matéria de consumo, podemos encontrar o dever do fornecedor de transmitir informações aos seus clientes de forma a possibilitar a análise do mesmo sobre os contratos que deseja celebrar, verificando os riscos, qualidades, vantagens e se atende aos seus interesses.

Nos contratos a distância e ao domicílio o consumidor, aparentemente, se encontra numa situação ainda maior de desvantagem em relação ao fornecedor, haja vista que não teve oportunidade prévia de analisar o bem ou serviço que está sendo ofertado. Obviamente, o fornecedor e seus representantes utilizarão de táticas de venda que muitas vezes consiste em “esconder” certas informações do consumidor, ou lhe fornecer dados falsos, persuadindo-o a firmar o contrato, pois

---

<sup>1</sup> Paulo Liz Netto Lobo. *A informação como direito fundamental do consumidor*. Estudos de Direito do Consumo, n.º 3, 2001, pg 27.

sabe que o consumidor pode não contratar caso tome conhecimento da verdade sobre o bem ou serviço. Esse tipo de contratação é ainda mais propício ao uso dessas técnicas pelos empresários.

Por outro lado, o desenvolvimento do mercado favoreceu esse tipo de contratação tornando-se um sucesso comercial, não só pelo alto índice lucrativo das empresas mas também pela satisfação do consumidor de efectuar uma compra na comodidade do seu lar.

Os legisladores da Directiva 97/7/CE e do Decreto-Lei 143/2001 demonstraram uma preocupação em garantir o cumprimento dos deveres de informação nos contratos a distância e ao domicílio, criando mecanismos de protecção à confiança e à boa fé nas negociações. É perceptível o maior rigor utilizado nesses diplomas quanto ao cumprimento dos deveres de informação, haja vista que o consumidor se encontra em maior desvantagem em relação aos outros contratos de consumo, exactamente pelo *deficit* de informação existente entre as partes.

O dever de informação e a especial preocupação com seu cumprimento nos contratos a distância e ao domicílio são o objecto de análise deste trabalho.

## 2. DEVER PRÉ CONTRATUAL DE INFORMAÇÃO

É extremamente relevante para o Direito os acontecimentos que antecedem a celebração de um contrato.

Antes de firmarem um contrato as partes se relacionam de uma forma muito particular no decorrer de uma fase de negociação. Nesse período as partes apresentam seus interesses e necessidades, demonstram suas apetências negociais, incorrem em despesas, correndo riscos e expondo-se a perigos.

Assim, estabelece-se uma relação de confiança (até aqui, único linear traçado entre as partes, mas que, porém, já configura uma relação jurídica), que pode ou não prejudicar uma das partes. Motivo este que justifica o exposto no artigo 227.º do Código Civil, ao impor às partes que, em negociação, procedam segundo as regras da boa-fé, tanto nas preliminares como na formação do contrato, sob pena de responderem pelos danos que culposamente causarem à outra parte.



Essa relação de confiança obriga a observância de um “cuidado exigível no tráfico”<sup>2</sup> direccionado à celebração do contrato, face ao parceiro negocial, determinando alguns deveres de comportamento, dentre eles, o dever pré-contratual de informação<sup>3</sup>.

Genericamente, informação é a comunicação de determinados dados ou factos. E o dever de informação, o dever jurídico de proceder esta comunicação.

Devem as partes contratar por livre decisão. Para tanto, devem ter total consciência do que estão prestes a fazer. É de extrema necessidade que as partes tenham amplo conhecimento sobre o negócio jurídico que está por firmar e sobre a contraparte.

O dever de informar implica em um dever pré-contratual de fornecer à contraparte informações sobre aspectos relevantes do contrato necessárias para sua correcta apreciação e sobre as qualidades das pessoas envolvidas, que, por sua vez, poderão influenciar sua vontade. “Não é exigível às partes que entrem na negociação logo com todo o jogo negocial aberto e com todas as cartas na mesa. O segredo, dizem os comerciantes, é a alma do negócio”<sup>4</sup>. Porém, o que se deve evitar é que a falta de informações ou sendo elas falsas ou incompletas, conduzam uma das partes a um mau contrato, ou até mesmo, a danos.

Para tomar uma decisão totalmente livre sobre contratar ou não, a parte tem de estar esclarecida. Por isso da existência de um dever sobre a parte bem informada de comunicar àquela que não possui condições de se informar por si própria o que for necessário para que esta última decida com conhecimento de causa, compensando o desequilíbrio inicial da informação que ambas dispõem.

Essa parece ser a maior preocupação do legislador na matéria de consumo. Seja no Decreto Lei 446/85 (apesar de não regular somente

---

<sup>2</sup> Jorge Ferreira Sinde Monteiro. *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*, pg. 55

<sup>3</sup> “A negociação é um jogo estratégico de interacção, cheio de inflexões e meandros, em que nem sempre se dispõe de todos os elementos para informar completamente a decisão.” Baptista Machado. *A cláusula do razoável, obra dispersa* in Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, pg 327.

<sup>4</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *op. cit.*, pg 327.

relações de consumo, reconhece a posição de desvantagem que se encontra o aderente em face do predisponente, e lhe garante protecção especial), seja no Decreto Lei 143/2001<sup>5</sup>, a preocupação do Legislador foi garantir um equilíbrio entre as partes através do dever de informação, por saber o que coloca uma das partes em desvantagem é a condição de falta de conhecimento e dificuldade em adquiri-lo<sup>6</sup>. Tal facto se justifica pela situação económica que se encontra o mercado, impossibilitando que uma das partes possa obter informações por conta própria acerca do negócio que está por fazer parte<sup>7</sup>. É exactamente essa desigualdade de informações que necessitou de regulamentação, em prol do equilíbrio contratual.

<sup>5</sup> Citamos o exemplo desses dois diplomas legais, por serem alvo de maiores abordagens no decorrer deste trabalho. Mas não podemos esquecer outro exemplos como a Lei 24/96 que em seu artigo 8.º prevê o dever de informação, e a Lei 23/96, que trata dos serviços públicos essenciais, que também traz tal previsão, e que assim como a Lei 446/85, não restringe o âmbito de aplicação ao consumidor, mas garante a este protecção especial.

<sup>6</sup> “A protecção do consentimento, não só contra um *deficit* de informação, mas igualmente contra uma aceitação irreflectida de ofertas contratuais, sobretudo face a métodos de negociação propícios a ‘apanhar de surpresa a parte mais fraca (as atenções tendem a concentrar-se nos contratos concluídos ‘fora do local permanente de negócios’), é também procurada através de ameaça de sanções penais, de acrescidas exigências de forma e multiplicação dos deveres pré-contratuais ou contratuais de informação, incluindo por vezes as próprias disposições legais que visam proteger a contraparte, da introdução de especiais direitos de revogação ou resolução a favor do consumidor, aliás concebidos segundo técnicas diversas, bem como da repressão da publicidade enganosa.” Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *op. cit.* 373.

<sup>7</sup> Esther Gómez Calle. *Los deberes precontractuales de información*, pg 13: “Esta desigualdad informativa ha ido aumentando con el paso del tiempo, a consecuencia de la mayor complejidad del tráfico jurídico y económico; fruto de ella ha sido, por un lado, la diversificación de mercancías y servicios, a tal punto que es realmente difícil tener una visión de conjunto del sector de mercado que interesa, así como poder juzgar y valorar adecuadamente la utilidad y conveniencia de unos productos respecto de otros; por otra parte, surgen cada día nuevas y complicadas figuras contractuales, que escapan de los tradicionales moldes de los contratos tipificados, más o menos conocidos por el individuo medio; la proliferación de las condiciones generales de contratación añaden una dificultad más a las posibilidades de informarse sobre el contenido de los contratos; por último, la complejidad del tráfico ha propiciado un alto nivel de división del trabajo e de profesionalización.”

## 2.1 Dever de informação, conselho ou recomendação

Necessário se faz apresentar a distinção entre o dever de informação, o de conselho e o de recomendação.

Prevê o artigo 485.º do Código Civil Português a responsabilidade civil por facto ilícito referente a conselhos, recomendações ou informações. Entretanto, a lei não define estes conceitos obrigando que sejam eles entendidos de acordo com a linguagem vulgar<sup>8</sup>.

Ao dar-se um conselho uma informação é transmitida acrescida de um juízo de valor do transmitente sobre os factos ou dados da informação. O aconselhar implica que o transmitente está sugerindo que o destinatário a tome ou deixe de tomar certa atitude, com base na situação hipotética e imaginária de estar no seu lugar, com o objectivo de demonstrar o que é mais vantajoso para ele.

A recomendação, assim como o conselho, tem o objectivo de influenciar o comportamento do destinatário, entretanto, de uma maneira mais fraca. Por isso, não há equívoco em afirmar que a recomendação é uma sub-espécie do conselho. Pretende-se determinar o comportamento do destinatário transmitindo-lhe as boas qualidades de uma coisa ou de uma pessoa. O professor Jorge Ferreira Sinde Monteiro cita Ratz para explicar que o conselho se relaciona com uma acção ou omissão enquanto a recomendação é o “aconselhar” de uma pessoa ou coisa<sup>9</sup>.

Por fim, a informação é a pura transmissão de uma situação de facto referente a pessoas, coisas ou relações, sem qualquer acréscimo de juízo de valores, e sem o objectivo de influenciar. Não há sugestões ou relações de condutas futuras, esgotando-se na simples comunicação do conhecimento objectivo. É a falta de valoração de factos que diferencia a informação do conselho. Neste último a simples comunicação dos fatos (momento objectivo) perde lugar para o momento subjectivo

---

<sup>8</sup> Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *op. cit.*, pg 14, detalha esta distinção que foi seguida por Eva Sónia Moreira da Silva in *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, pg 68.

<sup>9</sup> Ratz, *Handelsgesetzbuch Grosskommentar Begründet von H. Staub, Dritter Band*, 1. in Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *ibidem*, pg. 15

da valoração, e pode até desaparecer por completo. Isto porque à pessoa consultada, ouvida, foi dada atenção devido aos conhecimentos ou experiências que possui, ou que aparenta ter na opinião do destinatário. Junto a este momento subjectivo podemos reconhecer um momento imperativo do conselho. Ainda assim, o aconselhado está livre para decidir sobre “como” e “se” vai agir, o que acarreta ao conselho um efeito não vinculativo em relação ao destinatário<sup>10</sup>.

Apesar das definições apresentadas, na prática a distinção dos conceitos é extremamente difícil. É comum a confusão dos conceitos impedindo de se afirmar, num caso prático, se estamos diante de uma simples informação ou se foi acrescida uma sugestão de seguir determinado comportamento, implícita na transmissão.

O conselho requer uma informação para ser valorada. E a informação, por vezes, rica na objectividade dos factos pode ter mais força na consciência do informado do que o próprio conselho, marcado pela subjectividade, fazendo com que a simples informação seja prestada com o sentido de um conselho ou recomendação. Assim, na doutrina, os três conceitos são tratados da mesma forma, pois todos poderão influenciar a vontade do destinatário e nenhum deles poderá vincular suas atitudes.

Apesar de o termo “informação” ser utilizado como *lato sensu*, abrangendo os conceitos de conselho e recomendação, estaremos no decorrer desse trabalho sempre nos referindo ao dever de informação *stricto sensu*, o de comunicar dados seja na negociação prévia ao contrato, seja em forma de cláusulas contratuais obrigatórias.

## 2.2 Dever de informação e dever de esclarecimento.

Como já foi dito anteriormente, o legislador dos Decretos-Lei n.º 446/85 e 143/2001, aparentemente, se preocupou com a posição desfavorável de uma das partes contratuais, por haver um *deficit* de

---

<sup>10</sup> Ensinaamentos sobre a Doutrina Alemã do professor Sinde Monteiro, *op. cit.*, pg 15.

informação entre elas, estando a mais fraca com dificuldades de adquirir por si só as informações necessárias sobre o contrato prestes a se firmar.

Esse *deficit* de informação pode ser compensado por questões formuladas pela parte menos informada à outra. E quando se tratar de cláusulas contratuais gerais, o proponente estará obrigado a prestar todos os esclarecimentos razoáveis solicitados, conforme artigo 6.º, n.º 2 do Decreto-lei n.º 446/85 de 25 de Outubro.

Apesar do uso do termo “esclarecimento” utilizado pelo legislador, a doutrina<sup>11</sup> dá a esse termo outro conceito ao diferenciar esclarecimentos de informações.

Os deveres de esclarecimentos (*Aufklaerungspflichten*) devem ser cumpridos espontaneamente e os deveres de informação (*Auskunftspflichten*) pressupõem a colocação de uma questão pelo credor da informação e constitui um dever de prestação.

Dúvida que surge é, se caso o *deficit* de informação seja tanto, a ponto de o menos informado não ser capaz sequer de formular questões, ainda assim, a contraparte estará obrigada a prestar informações? Parece que sim, caso seja vidente e facilmente perceptível pela contraparte a total deficiência de conhecimento da parte menos informada. Há que se ponderar que o perigo de se colocar uma parte desinformada num mau contrato (que com certeza, ela não figuraria se tivesse os conhecimentos necessários), bem como, os riscos na esfera jurídica que isso gera, atingindo o próprio fim contratual, criam uma necessidade de protecção social ou individual. Quanto maior for o efeito desses factores, maior será a obrigação de uma prestação de informações espontânea.

Não se pode esquecer que, conforme ensinamento do Professor Doutor António Pinto Monteiro<sup>12</sup>, um excesso de informação pode “esmagar” o consumidor a ponto de ser tão prejudicial quanto a omissão de informações, e apresentar os seus mesmos efeitos.

---

<sup>11</sup> Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *op. cit.*, pg 359, n.º 65 e pg 372, n.º 109; e Eva Sónia Moreira da Silva, *op. cit.*, pg 699 – 670, n.º 159 e 160.

<sup>12</sup> *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados, Ano 62, 1, 2002

Esse dever de informar tem fim no momento em que uma parte não precisa mais se preocupar com os interesses da outra, já entrando esta na esfera de seus próprios riscos.

Por dar a Lei o mesmo tratamento jurídico ao dever de informação e de esclarecimento, faremos o mesmo no decorrer deste trabalho, motivo pelo qual, sua distinção aqui não importará em uma problemática mais complexa. Ao tratarmos do dever de informação estaremos dando sentido amplo, referindo tanto à informação como ao esclarecimento.

No tópico seguinte trataremos do dever de verdade que implica que, sempre que for respondida alguma questão, o informante deve se ater a dados verdadeiros. Entretanto, como veremos, haverá ocasiões em que a parte perguntada não estará obrigada a responder, podendo simplesmente se omitir.

Cabe analisar ainda nesse tópico, antes de tratarmos do dever de verdade, as ocasiões em que acreditamos que a parte inquirida poderá fazer uso do seu silêncio. A primeira delas se refere ao dever de informar e de aconselhar. O dever de prestar informações objectivas não abarca o de aconselhar. O contratado só está obrigado a prestar conselhos se isso for o objecto do contrato, como o firmado com advogados, ou com instituições financeiras para compras de títulos de crédito ou acções, entre outros. Fora esses casos, o dever de informar inclui apenas a obrigação de prestar informações sem juízos de valor. Não se pode exigir que a parte contratada apresente também conselhos além das informações devidas, podendo manter-se em silêncio caso seja solicitado um conselho, quando não esteja obrigada e quando já prestou todas as informações devidas espontaneamente ou após perguntas.

Outra situação em que se permite a omissão da parte inquirida é quando a questão for inadmissível, ilegítima ou ilícita. Esther Gómez Calle<sup>13</sup> explica sobre os limites do dever de informar no ordenamento

---

<sup>13</sup> *Op. cit.*, pg 128. Tanto Esther Gómez como Eva Sónia Moreira, *op. cit.*, pg 72, n.º 166 (ao citar a doutrina alemã) demonstram que tais perguntas são muito utilizadas na contratação laboral. Mas o autor lembra que algumas questões, mesmo que entrem na esfera pessoal e íntima do interrogado, podem ser consideradas legítimas como as que se referem a doenças de quem opta um trabalho incompatível com certas enfermidades (como doenças pulmonares de quem deseja trabalhar em uma mina), ou

espanhol, derivados do respeito à esfera íntima e privada da pessoa a que se refere a informação, com base no previsto nos artigos 10.1 e 14 da Constituição Espanhola.

Apesar de a liberdade contratual permitir a escolha da contraparte, a negativa de contratar com certas pessoas por razões discriminatórias pode ser considerado exercício abusivo desse direito, não só nas relações entre o poder público e o cidadão, mas também entre os particulares.

Tais práticas ilícitas são comuns através de perguntas descabidas e abusivas formuladas por uma parte à outra. A parte que se sentir vítima de discriminação pode se calar e recusar a responder tal questão, não transmitindo a informação requisitada. Não se pode crer que esse ato de protecção de sua própria intimidade e privacidade deve ser considerado como uma desobediência ao dever de informação.

Por fim, há o limite ao dever de informar derivado de considerações económicas. E aqui temos dois motivos para este limite<sup>14</sup>. O primeiro é decorrente do custo de obtenção de uma informação. Quando uma informação é resultado de uma investigação custosa por um dos contratantes, traduzindo isto num aumento do valor do bem, e tendo ambas as partes iguais oportunidades de adquirir essa informação, não haverá em princípio dever de transmiti-la a quem a desconhece. Sempre que uma informação agregar valor ao bem, deverá ela estar excluída do dever de informar, *“amén de ser innecesarios para estimular la búsqueda de este tipo de informaciones (puesto que aumentan la valoración de un recurso, hay en general un estímulo para obtenerlas), provocarían más bien el efecto contrario, desincentivarían la inversion en ellas”*<sup>15</sup>. É o exemplo da autenticidade de uma obra de arte. Se a investigação custeada pelo proprietário de um quadro resulta que o mesmo é autêntico, imediatamente ele levará ao conhecimento dos interessados, por razões óbvias. Por outro lado, quem já estava interessado em comprar o bem por um determinado valor, não deixaria de estar se soubesse que ele é ainda mais valioso do que pensava.

---

sobre seus antecedentes criminais (como um condenado por roubo que deseja exercer função de segurança de banco), entre outras, que devem ser respondidas.

<sup>14</sup> Esther Gómez Calle, *op. cit.*, pg 130.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pg 11.

O segundo motivo do limite decorrente de fundamentos económicos é derivado das consequências económicas que podem ocorrer após a transmissão de determinada informação para quem comercializa ou produz, ou fabrica o bem em questão. Justifica-se o silêncio quando postas questões acerca do segredo industrial, ou outros assuntos que importam significativamente na produção e criação de novos produtos, a ponto que a divulgação dessas informações podem ser prejudiciais ao mercado conquistado por determinada empresa.

### 2.3 Dever de informação e dever de verdade

O dever de informação está intimamente ligado a um dever de verdade. É óbvio que a existência de um dever de informar só se justifica se as informações a serem prestadas são verdadeiras.

Assim, para a eficácia do dever de informar é necessário que haja um dever de prestar informações verdadeiras.

Como bem lecciona Carlos Alberto Mota Pinto<sup>16</sup>, a parte está obrigada a prestar informações exactas acerca dos factos essenciais do contrato, a ponto de determinar a vontade da outra, o que torna o dever de informação uma obrigação de prestação de facto positivo. E ao mesmo tempo deve deixar de prestar informações equivocadas sobre esses factos, tornando o dever de verdade uma obrigação de prestação de facto negativo. Essas duas obrigações formam um dever de declaração na relação pré-negocial.

Desentendimento há na doutrina<sup>17</sup> sobre a obrigatoriedade de se prestar informações verdadeiras em determinadas situações. Trata-se de uma polémica quanto a obrigação de uma parte responder questões formuladas pela outra e se deve usar de verdade.

---

<sup>16</sup> *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, BFDUC, suplemento XIV, pgs. 156-157.

<sup>17</sup> Doutrina alemã e portuguesa, sobre as quais detalha muito bem Eva Sónia Moreira da Silva, *op. cit.*, pg 71-72.



Podemos concluir que quando questionada a parte deve responder e sempre com informações verdadeiras (ou ao menos, que acredita, em boa fé, serem verdadeiras<sup>18</sup>), estando ambas as obrigações baseadas na lealdade que deve existir entre as partes, pelo princípio da boa fé, consagrado no artigo 227.º, n.º1 do Código Civil.

Não se admite respostas com informações duvidosas, ou baseadas em meras suposições do informante que não está seguro de sua certeza. Por outro lado, não acreditamos haver infração ao dever de informação se estes conhecimentos duvidosos são transmitidos com advertência expressa que tais informações são baseadas no que o informante acredita ser como verdade. Nessa situação, o informante deve deixar claro, também, que pode haver equívocos em sua informação por falta de comprovação. Tal comportamento pode ser aceito sempre que o informante não esteja obrigado a ter os referidos conhecimentos, permitindo que o interlocutor possa buscar tais informações com mais precisão para assegurar-se.

Caso as questões sejam inadmissíveis, ilegítimas ou ilícitas, não se pode crer que ainda assim esteja a parte inquirida obrigada a responder, mas se o fizer, deverá respeitar o dever de verdade. Mesmo porque, se aquele que espontaneamente presta informações, ainda que não esteja obrigado, deve ser verdadeiro, também aquele questionado deverá agir usando a verdade.

Diante de uma questão ilícita, ilegítima ou inadmissível, poderá o questionado se omitir, porém jamais mentir<sup>19</sup>. Assim poderá existir um dever de verdade sem a existência de um dever de informação, mas sempre que houver dever de informação, haverá o dever de verdade.

---

<sup>18</sup> Esther Gómez Calle, *op. cit.*, pg 89.

<sup>19</sup> E aqui compartilhamos da conclusão de Eva Sónia Moreira, *op. cit.*, pg 72

### 3. PRINCÍPIOS RELATIVOS AO DEVER DE INFORMAÇÃO

#### 3.1 Princípio da Boa-Fé

Como vimos, a relação entre as partes, existente na fase de negociação, anterior à celebração do contrato, configura uma relação jurídica.

Essa relação pré-contratual tem em seu conteúdo as vinculações interpessoais decorrentes do dever de boa-fé, previsto no artigo 227.º do Código Civil. Trata-se da boa fé objectiva, como regra de conduta<sup>20</sup>, traduzindo-se num dever de actuação honesta, leal e transparente.

Um dos deveres tipificados de boa fé na negociação<sup>21</sup> é o dever de informação. Ignorar o dever de informação é o mesmo que desrespeitar o princípio da boa fé.

Acreditavam os franceses que nenhuma das partes estava obrigada a informar a outra durante as negociações<sup>22</sup> (*emptor debet curiosus* – o comprador deve ser curioso). Cada um deveria tomar conta de seu interesse, não devendo esperar auxílio do outro. Obrigar que uma parte informe à outra sobre todos os aspectos relevantes a sua decisão é o mesmo que obrigar a actuar contra o próprio interesse, pois há, assim, o risco do abandono do projecto<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *op. cit.*, pg 326

<sup>21</sup> “Durante el desarrollo de los tratos preliminares, la buena fe impone a las partes una série de obligaciones, cuales son la de guardar el secreto y discreción debidas, la de custodia y conservación de l ares <objeto> del futuro y eventual contrato (por ejemplo, en el caso de mercancías enviadas para su examen) y, sobre todo, la de informacion.” Josep Llobet i Aguado, *El deber de información en la formación de los contratos*, pg. 14. “Os deveres de boa-fé na negociação têm sido tipificados em deveres de protecção, deveres de esclarecimento e deveres de lealdade.” Pedro Pais de Vasconcelos, *ibidem*, pg 327.

<sup>22</sup> Eva Sónia Moreira da Silva, *op. cit.*, pg 76 e Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *op. cit.*, pg 359, n.º 66.

<sup>23</sup> Da mesma forma pensam os ingleses, conforme ensina o Professor Doutor Sinde Monteiro, *ibidem*, pg 154 – 161: “O direito inglês sempre partiu do princípio de que não existe nenhum dever geral de informar a outra parte sobre factos que ela desconhece e sejam de molde a influenciar a sua decisão de contratar (*duty to disclose*

Esse pensamento já não é válido. Na actual conjuntura económica, a igualdade contratual é pura ficção<sup>24</sup>. Há que prevalecer o equilíbrio contratual, e a falta de informação pode ser extremamente prejudicial. O anterior pensamento da doutrina francesa tem sido substituído por uma nova corrente baseada no princípio da boa-fé e no dever de lealdade. O que se protege é a parte com limitada capacidade de se auto-informar. Esta deve ser informada previamente, mesmo que a lei não obrigue.

Deve-se atribuir à boa-fé um alcance amplo na fase pré-contratual, de modo que sirva não só para reprimir condutas claramente maliciosas e fraudulentas, mas também para impor um modelo de conduta presidido pelas ideias de lealdade e de cooperação.

O que devemos analisar é se o princípio da boa-fé impõe ou não um “dever geral de informação”, ou seja, o dever de informar a contraparte sobre todos os aspectos relevantes ao negócio em causa, que ela desconheça.

Primordialmente, analisemos as correntes doutrinárias que debatem o tema<sup>25</sup>. O “modelo socializante” de Fleicher<sup>26</sup> defende que cada uma das partes deve levar em consideração os interesses da contraparte pois, o contrato nasce de uma “relação jurídica fundada na cooperação e na solidariedade”. Tal pensamento é incompatível com a realidade contratual. Quem resolve contratar o faz por interesses próprios e deseja satisfazê-los, o que implica numa falta de interesse nos objectivos da contraparte. Obviamente, esses interesses serão divergentes.

---

*material facts*). Cada uma das partes tem pois de cuidar de si mesma e assegurar-se a aquisição da informação necessária para evitar um mau negócio (*caveat emptor*). (...) A extensão das excepções não nos deve fazer perder de vista a regra bem clara de que a cada qual cabe cuidar dos seus próprios interesses, obtendo a informação necessária e não dando demasiado relevo a uma reticência discreta da outra parte.” Ainda assim, “sopram alguns ventos do continente” trazendo uma tendência “no sentido de se cair no extremo oposto, ou seja, na criação de uma *general duty of disclosure*”.

<sup>24</sup> Esther Gómez Calle. *op. cit.*, pg 13.

<sup>25</sup> Tais posicionamentos são ricamente analisados por Eva Sónia, *op. cit.*

<sup>26</sup> Holger Fleicher, *Vertragsschlussbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht*, p. 779 in Eva Sónia Moreira da Silva, *ibidem*.

O modelo liberal se opõe ao modelo socializante. Nele os deveres de informação não podem agredir a interferir muito no mercado, e só se justifica na existência de uma nítida desigualdade de informações. Entretanto, com o advento da boa fé, as partes não podem ignorar por completo os interesses uma da outra, já que este princípio impõe o respeito à igualdade contratual e à confiança legítima entre as partes, o que torna o modelo liberal, de uma certa forma, também inaplicável.

Reconhecemos, em acordo com o pensamento francês, que há um dever de se auto informar, que cada um deve procurar se informar antes de contratar, para assim, concluirmos que o dever de cada contratante de informar ao outro termina onde começa o dever de se auto informar<sup>27</sup>. Não se pode crer que a omissão de alguma informação será sempre ilícita ou desleal<sup>28</sup>. Então, em princípio, não existiria um dever geral de informação, mas sim, somente relativo a determinados elementos e em determinadas circunstâncias; quando uma das partes poderia esperar uma informação verdadeira da outra, por esta expectativa ser conforme à boa-fé e o as concepções dominantes do mercado, e por outro lado, quando a parte devedora da informação tem o conhecimento e sabe que a decisão da outra pode ser influenciada pelo seu conhecimento<sup>29</sup>.

O que devemos afirmar é que existirá o dever de informação quando o princípio da boa fé o impuser. Passemos para análise dessa afirmação.

---

<sup>27</sup> Esther Gómez Calle, *op. cit.*, pg 87, citando alguns franceses como Jourdain (*Le devoir de se renseigner*), Torneau (*De l'allégement de l'obligation de renseignement ou de conseil*) e J. Mestre (*Dês limites de l'obligation de renseignement*).

<sup>28</sup> Podemos exemplificar assim como fez Ana Prata em *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, pg 49, quanto à inexistência de uma obrigação do vendedor de informar ao comprador que o produto à venda está sendo comercializado por preço mais barato em outro estabelecimento comercial. Ou que na semana seguinte irá diminuir o valor do produto. Também não entendemos obrigatório o vendedor informar ao comprador o preço que pagou ao seu fornecedor pelo bem, ou o custo de se colocar um determinado serviço no mercado de consumo.

<sup>29</sup> Esther Gómez Calle, *ibidem*, pj 88, Eva Sónia Moreira da Silva, *op. cit.*, pg 79 e Volker Emerich, "*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*" in Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *op. cit.*, pg 360, n.º 68.

Como já dito, encontramos no princípio da boa fé um dever de informar, combinado com um dever de prestar informações verdadeiras, ou seja, abster-se de transmitir dados falsos. Não só se obriga que a parte seja omissa quanto a actos danosos, mas também que ela actue para evitar que a contraparte sofra danos pela falta de sua colaboração que esta esperava receber. Daí, se verifica que a boa fé tutela uma relação de confiança entre os negociantes. A quebra dessa confiança pode ser gravemente prejudicial à parte enganada, colocando em risco a manutenção do contrato e o próprio fim contratual. Mas não entendemos que a existência de uma relação de confiança deva ser interpretada como justificativa de um dever geral de informação.

Se as informações são relevantes para as partes tomarem conhecimento sobre o contrato a celebrar, a ponto de, após informadas poderem analisar por si só os riscos do negócio, fazem parte do dever de informação. Ou seja, as informações devem ser tantas e transmitidas com eficiência suficiente para que a parte credora da informação possa se encontrar dentro da esfera de seus próprios riscos. Devem fazer parte de um quadro exacto sobre a matéria objecto das negociações. Esse quadro deve bastar para que a parte, antes deficiente de informações, possa agora sozinha analisar os riscos do contrato do qual será parte, buscando outras informações que façam parte do seu conjunto de interesses<sup>30</sup>.

Qualquer informação além dessas não deve fazer parte de um dever de informação, caso contrário, estaríamos diante de um factor prejudicial e limitador da concorrência.

Há uma concorrência notória entre as partes durante à negociação, que tentam a todo momento ganhar vantagens em detrimento da outra, e prosseguir com seus interesses. Essa concorrência é saudável para

---

<sup>30</sup> Como exemplo, o candidato a comprador, após ser informado sobre todas as características do produto ou serviço pode agora, pesquisar no mercado, através de comparações e opiniões de pessoas a que atribui maior confiança dados como preços de bens semelhantes, averiguando se o valor cobrado é justo, ou ainda, se as características do bem estão aquém de suas necessidades, ou até mesmo, se é tão eficiente ou melhor do que outra marca como informa o vendedor.

economia e a boa fé nessa fase pré-contratual foi regulada exactamente para controlar os actos das partes no intuito de garantir um justo equilíbrio entre elas, evitando abusos e excessos.

O dever de informação é um dos mecanismos que fará a manutenção desse equilíbrio. Porém permitir um dever geral de informação, onde todas as informações conhecidas por uma das partes devam ilimitadamente ser transmitidas à outra, fará com que o desequilíbrio permaneça, agora invertendo a balança. Antes decorrente da falta de informações de uma parte, e agora um desequilíbrio pelo excesso de informação da mesma, em detrimento do poder de negociação de quem teve que as transmitir.

Como bem afirmou Antunes Varela, citado por Eva Sónia Moreira, “a lei não é assim tão ingénua que acredite, sequer, na conveniência de obrigar as partes a agir ‘nas suas relações como se estivessem em graça de santidade ou em postura de permanente confissão’<sup>31</sup>”.

### 3.2 Princípio da Autonomia Privada

Pelo que já foi exposto, o dever de informação se faz necessário por determinação da boa fé objectiva, que cria uma obrigação de prestar informações verdadeiras sobre o negócio jurídico que está prestes a se formar, por uma parte à outra. Informações estas que motivarão a decisão da parte informada.

O que resta saber é se o dever de informação não vai de encontro com a liberdade das partes, traduzida pelo princípio da autonomia privada.

Por esse princípio, os cidadãos, ao se relacionarem juridicamente no meio privado, devem fazer através de uma vontade livre e autónoma. Nas palavras de Eva Sónia Moreira da Silva, “todas as pessoas deverão poder prosseguir os seus interesses, estabelecendo as relações jurídicas e os negócios jurídicos que bem entenderem, com quem bem entende-

---

<sup>31</sup> Anotação ao Acórdão Arbitral de 31 de Março de 1993, publicada na *RLJ*, ano 126.º (1993/1994) pg. 319 – Eva Sónia Moreira da Silva, *op. cit.*, pg 83.

rem, com o conteúdo que melhor lhes sirva”<sup>32</sup>. E lembrando o professor Doutor Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “a cada qual cabe a oportunidade e o risco da escolha do parceiro contratual ‘certo’ e do objecto da prestação mais apropriado aos seus interesses”<sup>33</sup>.

Com base no princípio da autonomia privada, não se poderia admitir, em tese, um dever de informação que determine a transmissão por uma das partes de informações que deseja omitir, posto que poderão influenciar negativamente a decisão daquele com quem contrata, arriscando o negócio que oferta.

Na realidade, é exactamente em respeito ao princípio da autonomia privada que defendemos no item anterior que o dever de informação necessita de uma justificação particular, para que não subsista um “dever geral de informação”. Essa justificação se faz através do princípio da boa-fé, que sucedeu cronologicamente, mas não eliminou, o princípio da autonomia privada, por advento de um espírito de solidariedade posterior e contrario ao individualismo existente no século XIX<sup>34</sup>.

Ratifica-se que o princípio da boa-fé não extinguiu o da autonomia privada, mesmo porque, as partes ainda devem decidir por contratar motivadas por sua livre e autónoma vontade. Mas, ao considerar que o desenvolvimento do mercado propiciou nas contratações um desequilíbrio entre as partes e uma deficiência de informações no contraente mais fraco, a livre e autónoma vontade deste último restou prejudicada. “Uma decisão verdadeiramente livre tem de ser esclarecida”<sup>35</sup>.

O princípio da boa fé “trouxe consigo” o dever de informar (e o direito de ser informado) para dar o equilíbrio que faltava, e garantir uma decisão de contratar por livre e autónoma vontade, fortalecendo e renovando o princípio da autonomia privada.

---

<sup>32</sup> *Op. Cit.*, pg 85.

<sup>33</sup> *Op. Cit.* pg 357.

<sup>34</sup> “(...) *une des manifestations de cet esprit de solidarité qui caractérise notre époque, par réaction contre l’individualisme excessif du XIX siècle*”. Michel de Juglart, *L’Obligation de Renseignements dans les Contrats*, in Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *ibidem.*, pg 358-359.

<sup>35</sup> Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *op. cit.*, pg 371-372.

Se a parte contratante não obteve as informações que necessitava e assim, não obteve o conhecimento da verdade dos factos, ou aquele era incompleto, provavelmente não estaria figurando como parte ou não teria contratado nos termos em que o fez.

Os regimes dos vícios da vontade, especialmente do erro e do dolo, também auxiliam no equilíbrio entre as partes ao proteger a livre formação da vontade negocial assegurando que contratem após tomarem conhecimento de todas as circunstâncias relevantes. Assim, os regimes do erro e do dolo exercem função conjunta com o dever de informação, para garantir o exercício do princípio da autonomia privada.

Dada a sua importância, os regimes do erro e do dolo merecerão capítulo a parte e serão abordados posteriormente.

### 3.3 Princípio da Protecção da Confiança

As partes em negociação estabelecem uma relação de confiança necessária para que acreditem na veracidade das informações que estão sendo transmitidas. Esta relação de confiança acaba por criar uma expectativa de receber informações espontaneamente, sem a necessidade de elaborar questões prévias.

Entretanto, é sabido que os contraentes em negociação estão a todo momento buscando favorecer seus interesses, e isso sempre implica em propostas e actos que desfavorecem a contraparte, pois não haverá vantagens a mais para uma delas se não houver desvantagens para a outra.

Tal realidade dificulta enxergar uma relação de confiança legítima entre os negociantes. Se estivermos diante de uma especial relação de confiança entre as partes, como o caso de negociantes que pertencem a mesma família ou sociedade, esta confiança existirá por norma<sup>36</sup>. E

---

<sup>36</sup> Eva Sónia Moreira da Silva, *op. cit.*, pg 116. O autor espanhol Esther Gómez Calle, *op. cit.* pg 92, trata dos tipos de situações de *legítima confianza*, gerados pelo tipo de relação existente entre as partes (relação de confiança mútua derivada da continuidade ou da frequência dos tratos entre ambos); pela natureza do contrato a celebrar (de sociedade, de trabalho, de mandato, etc); e pelas informações proporcionadas



a parte poderá não se preocupar se vai ou não receber as informações que necessita para tomar sua decisão livre de vícios, posto que, é direito seu aguardar e receber essas informações. Nesse tipo de relação o dever de se auto-informar será atenuado. E como afirma Eva Sónia Moreira da Silva, “a especial relação de confiança que une as partes será o suficiente para fazer nascer um dever pré-contratual de informação”<sup>37</sup>.

Em outras situações, o simples início da fase de negociação pode gerar uma relação de confiança. A parte deficiente de informações, por esperar que a outra lhe transmita o conhecimento que precisa para decidir, se encontrará numa situação de confiança perante o devedor da informação. Isso será mais comum em relações em que haja uma superioridade técnica de uma das partes, como a de um vendedor especialista no produto desejado pelo comprador.

Já que a boa fé pressupõe a transmissão espontânea de informações pela parte detentora do conhecimento haverá um sentimento de confiança por parte do menos informado, que confiará na conduta correcta e idónea do outro.

A importância do princípio da protecção da confiança está na necessidade da concretização do princípio da boa-fé. Rui de Alarcão afirma que “o princípio da boa-fé significa que todos devem aguardar fidelidade à palavra dada e não frustrar ou abusar daquela confiança que constitui a base imprescindível das relações humanas”<sup>38</sup>. A protecção da confiança é uma consequência e, ao mesmo tempo, necessidade do princípio da boa-fé. As negociações com vista ao contrato devem ser conduzidas através de uma relação de confiança. E essa confiança se reflecte através de uma expectativa de se receber informações sobre o contrato, seu objecto e sobre a contraparte. E por outro lado, as comu-

---

por um ao outro. O mesmo faz Josep Llobet i Aguado, *op. cit.*, pg 116, ao tratar da “*relación de confianza nacida de relaciones especiales entre las partes*” distinguindo, as relações especiais em três: “*las relaciones entre los profesionales y sus clientes, contratantes unidos por relaciones de negocios, y contratos concluidos entre miembros de una misma familia.*”

<sup>37</sup> *Ibidem*, pg 116.

<sup>38</sup> *Direito das obrigações*, p. 110.

nicações que se fazem nessa etapa contratual devem ser rodeadas por um sentimento de confiança mútua, que fará com que a parte possa aguardar por informações e que estas serão verdadeiras. É essa confiança que deve ser protegida, para o correcto exercício do dever de informação<sup>39</sup>.

#### 4. O REGIME DOS VÍCIOS DE VONTADE (ERRO E DOLO)

Ao tratarmos do princípio da autonomia privada vimos que é necessária a protecção da vontade livre e autónoma das partes, e que tal protecção se fará pelo dever de informação, ao permitir que as partes possam decidir com conhecimento de causa.

Os regimes do erro e do dolo exercerão função conjunta ao dever de informação. No intuito de evitar a anulação do contrato, a parte contratual comportar-se-á de forma que a decisão da contraparte não seja afectada por um dos vícios do consentimento. Para tanto, transmitirá as informações necessárias e verdadeiras ao seu parceiro negocial, protegendo sua vontade contra vícios.

Há então uma relação entre os regimes dos vícios da vontade e o dever de informação: a vontade viciada de um dos contratantes pode ter sido causada pela informação defeituosa ou incompleta da outra parte. Enquanto o dever de informação trabalha no plano preventivo, por garantir uma vontade livre e consciente, o regime do erro e do dolo se aplica quando esse objectivo não foi alcançado. Mas ambos institutos também actuam sozinhos. Assim como a boa fé não precisa dos pressupostos do erro e do dolo para determinar um dever de informação, estes últimos, se preenchidos, bastam para a anulabilidade do contrato, mesmo que não tenha sido desrespeitado o princípio da boa-fé.

---

<sup>39</sup> Paulo Mota Pinto, *Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância*. *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, pg 188, informa que o regime jurídico adoptado na protecção do consumidor do comércio à distância, no que se refere ao dever de informação, “tem como finalidade a protecção da confiança, seja esta uma *confiança individual*, que cada consumidor, seja antes uma *confiança colectiva* num mercado de comércio à distância que funcione bem”.

Durante a formação da vontade de um negociante, há a possibilidade de uma exposição a um erro que distorça a decisão que tomaria normalmente. Por um “defeito” no esclarecimento, a realidade das circunstâncias que envolvem o contrato foi camuflada e a parte emitiu sua declaração negocial em disparidade com seus interesses reais. Diz-se que nesse caso sua vontade se encontra viciada. A decisão tomada não seria a mesma se durante a formação de sua vontade o declarante tivesse contacto com a realidade circunstancial que rodeia o contrato.

Sem o erro que induziu a decisão do declarante, poderia este não ter celebrado o contrato ou pelo menos não nos termos em que o fez.

O erro, a que estamos nos referindo, deve versar sobre circunstâncias essenciais para a vontade do *errans*. Se o declaratório sabe que seu parceiro negocial se encontra em erro sobre alguma dessas circunstâncias essenciais deve informá-lo para garantir a formação “limpa” de sua vontade, nos moldes do princípio da boa-fé.

Dessa forma, o simples erro, como causa de anulabilidade do negócio, não é suficiente para criar um dever pré-contratual de informação. É necessário que exista uma cognoscibilidade do erro<sup>40</sup>.

Compartilhamos com a opinião de Eva Sónia Moreira da Silva<sup>41</sup> no que tange a contribuição do regime do erro na formação do dever de informação: “se o erro recair sobre a pessoa do declaratório, sobre o objecto do negócio ou sobre um motivo que as partes tenham acordado como essencial, poderemos estar perante um dever de informação da contraparte do *errans*, ao contrário do que, em princípio, sucederá com os restantes motivos.”

A vontade de um contraente também pode se tornar viciada por um acto da contraparte que por artifícios, sugestões, conselhos ou informações erradas conscientemente o induz ao erro. É o dolo como formador do vício da vontade. E com os mesmos efeitos do simples erro, o declarante toma uma decisão diversa da que adoptaria caso não houvesse sido vítima de dolo.

---

<sup>40</sup> Eva Sónia Moreira da Silva, *op. cit.*, pg 100.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pg 104.

Podemos classificar o dolo em activo e omissivo. No primeiro, o declaratório adopta um comportamento activo de emitir sugestões e argumentos que induzem o declarante ao erro. O dolo activo sempre viola o princípio da boa fé e o dever de verdade. No segundo, o declarante se encontrava em erro e o seu parceiro negocial não tomou qualquer atitude para esclarecê-lo, corrigindo a distorção da realidade. Porém, o dolo omissivo só será considerado ilícito se o declaratório possuía o dever de informar pelos motivos expostos no decorrer desse trabalho: quando o dever for resultante da lei, de alguma estipulação negocial ou de concepções dominantes do comércio.

As concepções dominantes do comércio se constituem pelo “entendimento generalizado que deve ser feito, daquilo que deve ser informado e não aquilo, que efectivamente, é prática corrente fazer-se ou informar-se, uma vez que a prática, muitas vezes, contraria o sentimento e a consciência que a comunidade jurídica tem sobre aquilo que deve ser feito”<sup>42</sup>. Tal conceito reforça a premissa de que a boa fé sempre deve estar presente na indicação de limites, momentos e justificativas para o dever de informação.

Ainda sobre o dolo activo, se os argumentos e sugestões do declaratório forem legítimos, de acordo com as concepções dominantes do comércio jurídico, não haverá motivos para anulação do negócio jurídico. Neste caso estaremos diante do *dolus bonus*, assim como no dolo omissivo, caso o declaratório não possuía o dever de informar.

Entretanto, se havendo um dever de informação, este for cumprido na fase pré-contratual, verificar-se-á o *dolus malus*. Por outro lado, quando não se verificar o *dolus bonus* haverá o dever de informar.

---

<sup>42</sup> Eva Sónia Moreira da Silva, *op. cit.*, pg 113.

## 5. CONTRATOS A DISTÂNCIA E AO DOMICÍLIO

Os contratos celebrados a distância e no domicílio do consumidor são regidos pelo Decreto-Lei 143/2001, de 26 de Abril, que transpôs para o ordenamento Português a Directiva 7/CE/1997 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio.

Anteriormente, a matéria estava regulada pelo Decreto-Lei n.º 272/1987, de 3 de Julho, que garantia a protecção do consumidor nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, e que transpôs a Directiva 577/CE/1985, do Conselho, de 20 de Dezembro.

Devido ao desenvolvimento do mercado do consumo, que da década de 80 até o final do século passado, sofreu um radical processo de sofisticação nunca antes visto e que ainda não teve fim, a acirrada concorrência entre os fornecedores de produtos e serviços os obrigou a buscar novas técnicas de conquista dos consumidores com o objectivo de firmar contratos de forma rápida e prática.

Ao mesmo tempo, o desenvolvimento tecnológico revolucionava os meios de comunicação levando cada vez mais informações aos consumidores, gerando nestes um comportamento de comodidade.

A mudança do comportamento dos consumidores, agora mais relutantes em sair de casa para comprar, obrigou que os fornecedores de bens e serviços procurassem realizar seus negócios sem que os consumidores fossem ao seu encontro. E o já referido desenvolvimento dos meios de comunicação permitiu que os fornecedores pudessem ofertar seus produtos e serviços aos clientes sem o encontro físico das partes contratuais, tanto no momento da oferta quanto do pagamento e entrega do bem.

Assim, uma gigantesca massa publicitária foi lançada na imprensa televisiva e pela Internet, oferecendo bens e serviços que poderiam ser adquiridos através de uma ligação telefónica, ou envio de mensagem electrónica<sup>43</sup>. E as antigas técnicas de contratação por correspondência

---

<sup>43</sup> A intensificação do comércio pela Internet correu em uma velocidade não prevista. Esse tipo de contrato mereceu regimento próprio através da Directiva 2002/35/CE, transposta pelo Decreto-Lei 7/2004, de 7 de Janeiro, que não será por nós abordado, evitando prolongadas discussões acerca do tema, dada a sua complexidade.

ou por visita do fornecedor ao domicílio do consumidor intensificaram e evoluíram.

A legislação anterior necessitava de adequação. Além disso, era necessário transpor a Directiva 7/CE/1997.

O Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril surgiu para estabelecer um novo enquadramento legal para os contratos a distância e ao domicílio, com regras específicas sobre os deveres de informação, entre outras relevantes para o tipo contratual, revogando o diploma anterior.

O contrato celebrado à distância é, na definição da lei, qualquer contrato relativo a bens ou serviços celebrado entre um fornecedor e um consumidor, que se integre num sistema de venda de prestação de serviços a distância organizado pelo fornecedor que, para esse contrato, utilize exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação à distância até a celebração do contrato, incluindo a própria celebração. Os principais aspectos definidores da contratação à distância são: utilização de uma ou mais técnicas de comunicação à distância<sup>44</sup>; as técnicas de comunicação à distância são utilizadas sem que o vendedor e o consumidor estejam na presença física um do outro; as encomendas dos produtos divulgados pelas técnicas de comunicação à distância são igualmente feitas à distância, através de um meio de comunicação como correio postal, telefone, videotex, internet, etc; a utilização e gestão de ficheiros de clientes; a dependência dos serviços postais (esta dependência diminuirá naturalmente à medida que aumentar o recurso ao ciberespaço – internet).

---

<sup>44</sup> A Directiva do comércio a distância traz em seu Anexo I, as referidas técnicas de comunicação como sendo: impresso sem endereço; impresso com endereço; carta normalizada; publicidade impressa com nota de encomenda; catálogo; telefone com intervenção humana; telefone sem intervenção humana (aparelho de chamada automática, audiotexto); rádio; videofone (telefone com imagem); videotexto (micro computador, ecrã de televisão) com teclado ou ecrã táctil; correio electrónico; telefax (telecópia); televisão (telecompra, televenda). O DL 143/2001 em seu artigo 14.º, n.º 1 determina que o consumidor tem de consentir previamente para que o fornecedor possa utilizar o “sistema automatizado de chamada sem intervenção humana, nomeadamente os aparelhos de chamada automática” e o telefax como técnica de comunicação a distância.

Por sua vez a venda ao domicílio é, de acordo com a definição constante do DL n.º 143/01, a modalidade de distribuição comercial a retalho em que o contrato é proposto e concluído no domicílio do consumidor pelo fornecedor ou seu representante, sem que tenha havido pedido prévio por parte do mesmo consumidor. São equiparados aos contratos ao domicílio os contratos efectuados no local do trabalho do consumidor, em reuniões, em que a oferta de bens ou serviços seja promovida através de demonstração realizada perante um grupo de pessoas reunidas no domicílio de uma delas a pedido do fornecedor ou seu representante e celebrados durante uma deslocação organizada pelo fornecedor ou seu representante, fora do respectivo estabelecimento comercial.

### 5.1 Dever de informação no Decreto-Lei 143/2001

Regras especiais para o dever de informação nos tipos de contrato em análise são necessárias pela situação particular em que se encontra o consumidor. Antes da conclusão do contrato, o consumidor não teve o menor contacto com o bem ou serviço, e por isso, não pôde examiná-lo ou atestar as suas qualidades, ou ainda, averiguar se atende aos seus interesses e necessidades. Conforme afirma o Professor Paulo Mota Pinto, “isto cria logo, por si só, uma assimetria informativa, com os conhecidos riscos, hoje demonstrados pela economia da informação, de uma queda de qualidade (o *lemon effect*, produto de uma ‘selecção adversa’, posto em evidência pelo Prémio Nobel George) Akerlof ou mesmo de colapso do mundo”<sup>45</sup>.

Lembra, ainda, a necessidade que há de se analisar o dever de informação em conjunto com o direito de resolução do contrato, pois, o contacto com o bem ou serviço, após firmado o contrato, pode gerar enormes frustrações. Há um risco muito grande de o consumidor perceber tardiamente que o bem ou serviço adquirido não corresponde a suas expectativas, criadas pelas informações transmitidas pelo fornecedor. Somente o contacto com o produto adquirido ou com a

---

<sup>45</sup> *Op. cit.*, pg 187.

prestação do serviço dará ao consumidor a total noção do contrato que ele firmou.

Os deveres de informação do fornecedor, nos tipos contratuais em análise, intensificarão em decorrência de uma evidente e inevitável relação de confiança existente durante a negociação. Na verdade, nada resta ao consumidor além de confiar na veracidade das informações transmitidas pelo fornecedor durante a fase negocial, seja quanto às características do bem ou serviço, seja quanto a sua qualidade. Assim, a confiança existente estará protegida legalmente pela obrigação de transmitir certas informações ao consumidor previamente, prevista no artigo 4.º do DL 143/2001, e pelo direito de resolução do contrato. O consumidor deve ser informado sobre seu direito de resolução, conforme mencionado artigo, o que indica uma protecção conjunta de ambos institutos à confiança do consumidor depositada na contraparte, durante a fase pré-contratual.

Prevê o artigo 4.º do referido diploma:

“Artigo 4.º – Informações prévias.

1 –O consumidor deve dispor, em tempo útil e previamente à celebração de qualquer contrato celebrado à distância, das seguintes informações:

- a) Identidade do fornecedor e, no caso de contratos que exijam pagamento adiantado, o respectivo endereço;
- b) Características essenciais do bem ou do serviço;
- c) Preço do bem ou do serviço, incluindo taxas e impostos;
- d) Despesas de entrega, caso existam;
- e) Modalidades de pagamento, entrega ou execução;
- f) Existência do direito de resolução do contrato, excepto nos casos referidos no artigo 7.º;
- g) Custo de utilização da técnica de comunicação a distância, quando calculado com base numa tarifa que não seja a de base;
- h) Prazo de validade da oferta ou proposta contratual;
- i) Duração mínima do contrato, sempre que necessário, em caso de contratos de fornecimento de bens ou prestação de serviços de execução continuada ou periódica.”



Além dessas informações o artigo 5.º, n.º 3, estabelece outras informações que também devem ser transmitidas ao consumidor, quais sejam: uma informação por escrito sobre as condições e modalidades de exercício do direito de resolução; o endereço geográfico do estabelecimento do fornecedor no qual o consumidor pode apresentar suas reclamações; as informações relativas ao serviço pós-venda e às garantias comerciais existentes; as condições de resolução do contrato quando este tiver duração indeterminada ou superior a um ano.

A boa-fé, expressamente prevista no artigo 4.º, n.º 2 determina que a transmissão das informações deve ocorrer de forma clara e compreensível.

As informações acima mencionadas, também são objecto de um dever de informação previsto, de uma forma mais ampla, no artigo 8.º, n.º 1 da Lei 24/96, de 31 de Julho, a Lei de Defesa do Consumidor.

O que se percebe da análise dos deveres de informação previstos no Decreto-Lei 143/2001 é que, por um lado, o legislador se preocupou com a excessiva falta de informação do consumidor nesses contratos, pela ausência de um contacto prévio com o bem ou serviço, prevendo explicitamente quais as informações devem ser transmitidas, sendo elas importantes para a formação da vontade do consumidor; o que tende a diminuir o risco contratual da parte mais fraca. Por outro lado, como já havíamos afirmado, fica afastado um dever geral de informação, visto que, pelo rol previsto no artigo 4.º, não é toda e qualquer informação que deve ser transmitida.

Entretanto, entendemos que tal rol não é taxativo. Além das informações obrigatórias mencionadas anteriormente, há ainda as informações que o princípio da boa-fé obriga que sejam transmitidas. O rol previsto no artigo 4.º é constituído de informações básicas e essenciais para a segurança do consumidor, e um mínimo de formação de conhecimento sobre o contrato a celebrar e sobre a contraparte. Ainda assim, o fornecedor deve prestar todas as outras informações necessárias e verdadeiras para formar a vontade negocial do consumidor, livre de vícios, e suficientes para este que se encontre em seu próprio campo de riscos.

Não podemos concordar com o fato de que transmitidas as informações previstas no DL 143/2001 estará o fornecedor livre de prestar outras informações. O princípio da boa-fé, consagrado no Código Civil,

protege a vontade livre e autónoma do consumidor, que se formará através de informações verdadeiras e suficientes transmitidas pelo fornecedor. Tal afirmação não indica a existência de um dever geral de informação, visto que, como já defendido, há várias informações que o fornecedor não está obrigado a transmitir. Mas sim que, apenas as informações que fazem parte do elenco do artigo 4.º e 5.º podem não ser suficientes para esclarecer completamente o consumidor, e por consequência formar sua vontade.

Não se pode esquecer que o Decreto Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, prevê em seu artigo 6.º, n.º 1 que o contratante determinado que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique. A Lei de Defesa do Consumidor (Decreto-Lei 24/96), em seu artigo 8.º, n.º 3, estabelece uma obrigação do fornecedor de informar de modo claro, completo e adequado, sobre os riscos para a saúde e segurança dos consumidores que possam resultar da normal utilização de bens ou serviços perigosos. Todas essas informações não se encontram relacionadas nos artigos 4.º, n.º 1 e 5.º, n.º 3 do DL 143/2001, porém fazem parte dos deveres de informação do fornecedor de bens e serviços em contratos a distância, posto que, os mencionados diplomas normativos podem ser aplicados a esse tipo de contrato; o que indica que além das informações obrigatórias dos artigos 4.º e 5.º, há outras a serem transmitidas, não se tratando de um rol exaustivo.

Resta saber se as informações prévias que o consumidor tem direito, discriminadas nos referidos artigos 4.º, n.º 1 e 5.º, n.º 3, também fazem parte do dever de informação nos contratos ao domicílio, ou se são inerentes apenas aos contratos a distância, posto que, tais artigos encontram-se no Capítulo II, destinado aos contratos a distância. Ou seja, se os artigos 4.º e 5.º são ou não aplicáveis aos contratos ao domicílio, regidos pelo Capítulo III do mesmo Decreto-Lei.

Parece não ser necessária a generalização das regras previstas aos contratos à distância para aplicá-las aos contratos ao domicílio.

O artigo 16.º do DL 143/2001, já inserido no capítulo dos contratos ao domicílio, estabelece regras para a forma, conteúdo e valor desse tipo contratual. Vejamos:

“Artigo 16.º. Forma, conteúdo e valor do contrato

- 1 – Os contratos concluídos com os consumidores no exercício da actividade regulada no presente capítulo devem, sob pena de nulidade, ser reduzidos a escrito e conter os seguintes elementos:
- a) Nome e domicílio ou sede dos contratantes ou seus representantes;
  - b) Elementos identificativos da empresa fornecedora, designadamente nome, sede e número de registo no Registo Nacional de Pessoas Colectivas;
  - c) Indicação das características essenciais do bem ou serviço objecto do contrato;
  - d) Preço total, forma e condições de pagamento e, no caso de pagamento em prestações, os seus montantes, datas do respectivo vencimento e demais elementos exigidos pela legislação que regula o crédito ao consumo;
  - e) Forma, lugar e prazos de entrega dos bens ou da prestação do serviço;
  - f) Regime de garantia e de assistência pós-venda quando a natureza do bem o justifique, com indicação do local onde se podem efectuar e para o qual o consumidor possa dirigir as suas reclamações;
  - g) Informação sobre o direito que assiste ao consumidor de resolver o contrato no prazo referido no artigo 18.º, n.º 1, bem como a indicação do nome e endereço da pessoa perante a qual o consumidor pode exercer esse direito.”

Verifica-se que a lei determina a inclusão no contrato celebrado ao domicílio em forma de “elementos”, ou cláusulas, as mesmas informações previstas no artigo 4.º, n.º 1, que devem ser transmitidas previamente ao consumidor nos contratos a distância.

Assim, o consumidor que figura como parte negociante no contrato ao domicílio tem direito de receber as mesmas informações que aquele que for parte de um contrato a distância.

A diferença reside no facto de que o dever de informação do fornecedor no contrato a distância deve ser exercido de qualquer forma,

desde que seja clara e compreensível por qualquer meio adaptado à técnica de comunicação a distância utilizada, com respeito aos princípios da boa fé, da lealdade nas transações comerciais e da protecção das pessoas com incapacidade de exercício dos seus direitos, especialmente os menores (devendo, inclusive, ser confirmadas por escrito na execução do contrato, conforme artigo 5.º, n.º 1, em tempo hábil, no mais tardar, na entrega do bem). Enquanto nos contratos ao domicílio, o dever de informação se exercerá através da inclusão das mesmas informações (e algumas outras mais específicas) por escrito no corpo do contrato, sob pena de nulidade. Neste último, o consumidor na fase pré-contratual, ao ter contacto pessoal com o fornecedor ou seu representante, terá oportunidade de ler o contrato e de ter acesso às informações obrigatórias, em se tratando de contratos previamente elaborados pelo fornecedor.

Para garantir que essas informações “transformadas” em cláusulas contratuais redigidas no contrato ao domicílio sejam comunicadas ao consumidor e esclarecidas, aplicar-se-á os artigos 5.<sup>o</sup><sup>46</sup> e 6.<sup>o</sup><sup>47</sup> do Decreto-Lei 446/85, visto que, em quase todas as contratações ao domicílio são utilizadas cláusulas contratuais gerais.

Já havíamos afirmado que no contrato a distância o fornecedor não está isento de prestar informações além daquelas previstas no artigo 4.º, n.º 1 e 5.º, n.º 3. Pelo princípio da boa-fé, consagrado no artigo 227.º do Código Civil, pelo princípio da protecção da confiança e o da autonomia privada, o fornecedor deve prestar quantas informações forem necessárias para a formação da vontade do consumidor, respeitados os

---

<sup>46</sup> “Artigo 5.º (Comunicação) – 1 – As cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las; 2 – A comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência; 3- O ónus da prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao contratante determinado que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais.”

<sup>47</sup> “Artigo 6.º (Dever de Informação) – 1 – O contratante determinado que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja esclarecimento se justifique; 2 – Devem ainda ser prestados todos os esclarecimentos razoáveis solicitados.”

limites defendidos nos capítulos anteriores quem impedem um dever geral de informação. Sob os mesmo argumentos, é de se afirmar que, quanto ao contrato ao domicílio, não basta que o fornecedor inclua os elementos estabelecidos no artigo 16.º, n.º 1 no contrato e os comunique e esclareça de forma correcta ao consumidor, para que se cumpra o seu dever de informação. Durante seu contacto pessoal com o consumidor o fornecedor deve transmitir as informações que a boa fé obriga que o consumidor tome conhecimento.

Cabe ressaltar que o diploma também prevê deveres de informação para as vendas automáticas<sup>48</sup> no artigo 22.º, n.º 2, senão vejamos:

**“Artigo 22.º Características do produto**

1 – (...)

2 – No equipamento destinado à venda automática devem estar afixadas, de forma clara e perfeitamente legível, as seguintes informações:

- a) Identificação da empresa comercial proprietária do equipamento, com o nome da firma, sede, número da matrícula na conservatória do registo comercial competente e número de identificação fiscal;
- b) Identidade da empresa responsável pelo fornecimento do bem ou serviço;
- c) Endereço, número de telefone e contactos expeditos que permitam solucionar rápida e eficazmente as eventuais reclamações apresentadas pelo consumidor;
- d) Identificação do bem ou serviço;
- e) Preço por unidade;
- f) Instruções de manuseamento e, ainda, sobre a forma de recuperação do pagamento no caso de não fornecimento do bem ou serviço solicitado.”

---

<sup>48</sup> Prevê o artigo 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei 143/2001: “Para efeitos do disposto no presente capítulo (Capítulo IV), a venda automática consiste na colocação de um bem ou serviço à disposição do consumidor para que este o adquira mediante utilização de qualquer tipo de mecanismo e pagamento antecipado do seu custo.”

## 5.2 Princípios relativos ao dever de informação na Directiva 97/7/CE

O professor Paulo Mota Pinto ao analisar a Directiva 97/7/CE<sup>49</sup>, que trata da protecção dos consumidores em contratos celebrados à distância, transposta pelo Decreto-Lei 143/2001, de 26 de Abril, analisou os princípios relativos ao dever de informação, que se encontram previstos na Directiva através de exigências, sendo também objecto de nossa análise.

As informações devem ser essenciais, compreensíveis, acessíveis aos clientes e fornecidas atempadamente.

### 5.2.1 Essencialidade

Prevê o artigo 4.º, n.º 1 da Directiva que: “Em tempo útil e antes da celebração de qualquer contrato à distância, o consumidor deve dispor das seguintes informações: a) identidade do fornecedor e, no caso de contratos que exijam pagamento adiantado, respectivo endereço; b) características essenciais do bem ou do serviço; c) preço do bem ou do serviço, incluindo impostos; d) despesas de entrega, se existirem; e) modalidades de pagamento, entrega ou execução; f) existência do direito de rescisão, excepto nos casos referidos no n.º 3 do artigo 6.º; g) custo da utilização da técnica de comunicação à distância, quando calculado com base numa tarifa que não seja a de base; h) prazo de validade da oferta ou do preço; i) sempre que necessário, a duração mínima do contrato em caso de contratos de fornecimento de produtos ou prestação de serviços de execução continuada ou periódica.”

Vê-se que as informações previstas no citado artigo são equivalentes àquelas previstas no Decreto-Lei 143/2001. São informações essenciais para a decisão do consumidor, motivo pelo qual foram especificadas na Directiva.

---

<sup>49</sup> *Op. cit.*, pg 192 - 201.

É verdade que não há qualquer menção na lei quanto à essencialidade das informações ali determinadas, prevendo apenas o dever de transmiti-las ao consumidor. Devemos entendê-las como sendo essenciais e não exaustivas para a formação da vontade dos contratantes.

### **5.2.2 *Compreensibilidade***

Impossível se falar de um dever de prestar informações essenciais, sem ter em mente uma obrigação de prestá-las de forma compreensível. O princípio da compreensibilidade pode ser encontrado em quase todo o sistema Português, mesmo que apenas através de uma cláusula geral como a boa fé.

O n.º 2 do artigo 4.º da Directiva prevê que as informações referidas no n.º 1, cujo objectivo comercial deve ser inequivocamente explicitado, devem ser fornecidas de maneira clara e compreensível por qualquer meio adaptado à técnica de comunicação à distância utilizada, respeitando, designadamente, os princípios da lealdade em matéria de transacções comerciais e os princípios da protecção de pessoas com incapacidade jurídica em virtude da legislação dos Estados-membros, como os menores<sup>50</sup>.

Quanto à obrigação de que as informações sejam transmitidas em língua nacional, a Directiva não traz qualquer regulamentação, porém, pode-se entender que se trata de uma obrigação inerente ao princípio da compreensibilidade.

No seu considerando 8.º a Directiva estabelece que “a utilização das línguas em matéria de contratos à distância é da competência dos Estados-membros”. O legislador português ao transpor a Directiva, não fez qualquer menção quanto ao idioma português a ser utilizado na transmissão das informações. Entretanto, outros diplomas nacionais da matéria de consumo estabelecem tal obrigação como é o caso da Lei de Defesa do Consumidor em seu artigo 7.º, n.º 3, o artigo 9.º, n.º 3,

---

<sup>50</sup> O artigo 4.º, n.º 2 do DL 143/2001 ressaltou, além do exposto na Directiva, o respeito ao princípio da boa fé.

do Decreto Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, o artigo 1.º do Decreto 238/ /86, de 8 de Agosto e o artigo 1.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 62/88, de 27 de Fevereiro, o que indica uma tendência a considerar o uso da língua portuguesa como forma clara e compreensível de prestar informações.

### 5.2.3 Acessibilidade

As informações devem ser acessíveis ao consumidor. “Na verdade, a transmissão da informação tem de ser acompanhada das necessárias adaptações ao meio de comunicação empregue, por exemplo, quanto à sua apresentação, e há-de estar *acessível* a quem utilizar esse meio de comunicação”<sup>51</sup>, conforme artigo 4.º, n.º 2 da Directiva.

A Directiva determina uma confirmação em tempo útil das informações listadas da alínea a) a f) do artigo 4.º, por serem de extrema relevância para a formação da vontade do consumidor, e prevê uma forma para tanto: a escrita, ou por outro suporte durável<sup>52</sup>; garantindo, assim, o acesso posterior a essas informações. Tal determinação indica um respeito ao princípio da acessibilidade, posto que, uma informação acessível deve estar disponível mesmo que posteriormente.

### 5.2.4 Tempestividade

Por fim, o consumidor deve receber as informações tempestivamente. O artigo 4.º, n.º 1 estabelece que a transmissão da informação

<sup>51</sup> Paulo Mota Pinto, *op.cit.*, pg 199.

<sup>52</sup> O professor Paulo Mota Pinto, *ibidem*, sugere que o conceito de suporte durável deve ser o mesmo do adoptado na Directiva 2002/65/CE sobre comercialização à distância de serviços financeiros prestados ao consumidor que em seu considerando 20 estabelece: “os suportes duradouros incluem, nomeadamente, disquetes informáticas, CD-ROM, DVD e o disco duro do computador do consumidor que armazene o correio electrónico, mas não incluem sítios na internet, salvo se estes preencherem os critérios contidos na definição de suporte duradouro”.



deve ocorrer em tempo útil e previamente à celebração de qualquer contrato à distância<sup>53</sup>. Dessa forma serão respeitados todos os princípios actuantes nas relações pré-contractuais, possibilitando o equilíbrio entre as partes e a formação autónoma da decisão do consumidor, livre de vícios.

Quanto à confirmação das informações por escrito ou por outro suporte durável, esta também deve ocorrer em tempo útil; na execução do contrato e no mais tardar, no que diz respeito a bens que não tenham sido entregues a terceiros, no momento da entrega (artigo 5.º, n.º 1).

### **5.3 Consequências da omissão de informações**

A Directiva 97/7/CE não prevê sanções directas para o incumprimento do dever de informações, porém, em seu artigo 11.º vincula os Estados-membros a introduzir “meios adequados e eficazes para que seja respeitado o disposto” na Directiva.

Por sua vez, o Decreto-Lei 143/2001 traz um capítulo (VII) destinado às infracções, fiscalização e sanções. Estabelece o artigo 31.º que a fiscalização do cumprimento do disposto no referido diploma compete à Inspeção-Geral das Actividades Económicas.

As infracções ao artigo 4.º, que prevê o dever de informar previamente o consumidor nos contratos a distância, e ao artigo 16.º, n.º 1 e n.º 2, que estabelece a forma e conteúdo do contrato ao domicílio, contendo as informações que ali devem ser inseridas como elementos, constituem contra-ordenações puníveis com coimas de 250 e 1000 Euros, quando cometidas por pessoa singular, e 1500 a 8000 Euros quando cometidas por pessoa colectiva, conforme artigo 32.º do Decreto-Lei. A instrução dos processos de contra-ordenações é da competência

---

<sup>53</sup> Nos contratos ao domicílio, o consumidor deve receber por escrito a informação de seu direito de resolução do contrato no momento de sua conclusão se tratar-se de contratos celebrados nos locais previstos no artigo 13.º, n.º 1 e 2; ou até o momento de sua conclusão, nos casos referidos no artigo 13.º, n.º 3 e 4.

da Inspeção-Geral das Actividades Económicas, sendo as coimas aplicáveis pela Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica, competente para tal acto administrativo. O Produto das coimas reverte em 60% para o Estado, 30% para a Inspeção-Geral das Actividades Económicas e 10% para o Instituto do Consumidor.

A previsão do prazo estabelecido para resolução do contrato no artigo 6.º deve ser entendido como uma protecção directa ao consumidor. O prazo para o consumidor resolver o contrato sem pagamento de indemnização e sem necessidade de indicar o motivo é de 14 dias a contar do recebimento do bem ou, tratando-se de prestação do serviço, da celebração do contrato. Mas se o dever do fornecedor de confirmar as informações por escrito no contrato à distância, previsto no artigo 5.º, n.º 1 não for cumprido, o prazo é estendido para três meses a contar dos mesmos factos. Caso o fornecedor venha a cumprir esse dever tardiamente, ou seja, já no decorrer do prazo de 14 dias, mas antes de o consumidor ter exercido seu direito de resolução, o mesmo prazo reinicia a partir da data da recepção das informações. Assim podemos afirmar que a extensão do prazo de resolução do contrato é uma consequência do não cumprimento dos deveres de informação e um mecanismo de protecção do consumidor contra tal omissão. O mesmo se pode dizer da nulidade do contrato ao domicílio que não tiver nele inserido como elementos as informações previstas no artigo 16.º, n.º 1.

A violação dos deveres de informação não implica, na previsão do DL 143/2001 ou da Directiva por ele transposta, uma responsabilidade especial que justifique uma indemnização ao consumidor. Mesmo assim as regras de culpa na formação do contrato devem ser aplicadas. O desrespeito aos deveres de informação podem causar danos ao consumidor, e essa premissa se fortalece ainda mais nos contratos a distância e ao domicílio e por isso deve ser observado o regime da *culpa in contrahendo*, mesmo que não haja qualquer remissão a essas regras.

Se o consumidor firmou contrato a distância ou ao domicílio, e o fornecedor não transmitiu as informações obrigatórias ou demais informações que o consumidor deveria receber pelo princípio da boa fé, ou então, não cumpriu o dever de verdade, e esse acto lhe causou danos, provavelmente por despesas que realizou por um contrato que

não gostaria de ter celebrado se soubesse das verdadeiras informações, deve ser indenizado<sup>54</sup>. Ao considerar que os deveres de informação possuem também a função de prevenção de danos ao consumidor que contratar por vícios de vontade, devemos afirmar que este tem de ser ressarcido pelos prejuízos acarretados por ter sido induzido ao erro seja pela omissão de informações ou pela transmissão de informações não verdadeiras<sup>55</sup>.

O artigo 12.º do Decreto Lei facilita essa conclusão ao estabelecer regra para o ónus da prova, incumbindo-o ao fornecedor para que este prove a existência de uma informação prévia, de uma confirmação por escrito, do cumprimento dos prazos e do consentimento do consumidor. Trata-se de uma prova de facto positivo. O cumprimento do dever de informação é um facto extintivo, tendo o fornecedor interesse que seu dever seja considerado extinto. Ao contrário, uma prova de facto negativo a ser apresentada pelo consumidor, seria extremamente difícil, para garantir a responsabilização do fornecedor.

Há a responsabilidade pré-contratual por informações quando ocorrer a violação do dever de informação, decorrente do princípio da boa-fé na fase das negociações. Essa responsabilidade deve ser evidenciada quando nos contratos ao domicílio e a distância o fornecedor, desrespeitando suas obrigações previstas em lei, guiar o consumidor a um contrato desvantajoso. Todos os danos deverão ser ressarcidos<sup>56</sup> suficientemente a ponto de o consumidor se sentir na situação em que se encontraria se não houvesse a omissão da informação ou a transmissão de informações erradas.

---

<sup>54</sup> “Quando uma das partes foi induzida a contratar por meio de dados errados fornecidos negligentemente, a pretensão indenizatória dirige-se ao interesse negativo ou dano da confiança. Se ela não teria contratado ou não teria feito naquelas condições, deve ser colocada no estado em que se encontraria se o negócio não tivesse sido concluído. Por via do princípio da restauração natural (entre nós, art. 562), isso pode significar desfazer os efeitos do contrato (desvincular-se) e pedir uma indemnização pelas despesas tornadas inúteis.” Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *op. cit.*, pg 370.

<sup>55</sup> Paulo Mota Pinto, *op. cit.*, pg 204.

<sup>56</sup> Eva Sónia Moreira da Silva, *op.cit.*, pg. 216.

## 6. CONCLUSÃO

Por todo o exposto podemos concluir que os deveres de informação a serem cumpridos na fase anterior à celebração de um contrato a distância e ao domicílio são objectos de um maior rigor legal no Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, para compensar e diminuir a situação de risco que se encontra o consumidor, ainda mais acentuada do que em outras contratações, visto que, geralmente, não possui ainda um total conhecimento sobre o bem que está prestes a adquirir ou o serviço que será prestado.

O rigor da lei pode ser percebido pela previsão das competências para fiscalização e aplicação de penalidades administrativas trazidas pelo referido Decreto-Lei sobre os fornecedores de bens ou serviços que não observarem os deveres de informação; pela previsão explícita de quais informações são essenciais ao consumidor e devem ser detalhadamente transmitidas; e pela associação dos deveres de informação com o direito do consumidor de resolver o contrato, pois “ambos instrumentos servem para, na contratação à distância, aproximar tanto quanto possível bens de experiência (cujas características apenas se conhecem depois da aquisição) de bens de procura, cujas características o utilizador conhece já antes da aquisição, pela sua própria experiência”<sup>57</sup>.

Mesmo não havendo qualquer previsão legal sobre a responsabilidade civil do fornecedor por informações não transmitidas ou prestadas sem conteúdo de verdade, há que se verificar a *culpa in contrahendo* para justificar uma indemnização ao consumidor por estar o dever de informação inserido nas regras da responsabilidade pré-contratual.

As informações explicitamente previstas no mencionado diploma legal não devem ser consideradas como as únicas a serem transmitidas. O princípio da boa-fé associado ao princípio da protecção da confiança, da autonomia privada e dos regimes do dolo e do erro requerem do fornecedor uma conduta ainda mais cuidadosa, a fim de prestar todas

<sup>57</sup> Paulo Mota Pinto, *op. cit.*, pg 187.

as informações necessárias capazes de afastar os vícios da vontade e formar no consumidor uma opinião autónoma sobre contratar ou não.

Por um lado, as informações previstas no Decreto-Lei não são exaustivas mas sim essenciais para a decisão do consumidor; sem elas o consumidor se encontraria em meio a um risco exacerbado e sem a menor confiança no negócio ou sentindo uma confiança equivocada. Por outro lado, apesar de reconhecermos que outras informações podem ser necessárias ao consumidor e portanto, fazerem parte do dever de informar do fornecedor, o próprio princípio da boa-fé impõe limites ao dever de informar para que não haja um desequilíbrio em desfavor do fornecedor, evitando assim a previsão de um dever geral de informação e uma intervenção desnecessária na concorrência e na liberdade contratual.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AGUADO, Josep Llobet i. *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid: Marcial Pons, 1996, 203 pgs.
2. ALARCÃO, Rui de. *Direito das obrigações*. Luanda: Ler e Escrever, 1999.
3. CALLE, Esther Gómez. *Los deberes precontractuales de información*. Madrid: La Ley, 1994, 147 pgs.
4. GARCÍA, Gemma Alejandra Botana. *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*. Barcelona: Jose Maria Boch, 1994, 324 pgs.
5. LOBO, Paulo Liz Netto. *A informação como direito fundamental do consumidor*. Estudos de Direito do Consumo, n.º 3, 2001.
6. MONTEIRO, António Pinto. *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa : Ordem dos Advogados, Ano 62, 1, 2002
7. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*. Coimbra: Livraria Almedina, 1989, 703 pgs.
8. PINTO, Carlos Alberto Mota. *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, BFDUC, suplemento XIV.

- 
9. PINTO, Paulo Mota, *Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância*. Estudos de Direito do Consumidor, n.º 5, 2003.
  10. PRATA, Ana. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
  11. RAMOS, António Gama. *Contratos de venda ao domicílio/ breve abordagem a uma área conflitual no domínio dos contratos*. Estudos de Direito do Consumidor, n.º 4, 2002.
  12. SILVA, Eva Sónia Moreira. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2003, 264 pgs.
  13. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2003, 2 ed.
  14. VINCENTE, José Ramón Garcia. *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*. Pamplona: Aranzadi, 1997, 335 pgs.



## LEGISLAÇÃO RELEVANTE EM MATÉRIA DE DIREITO DO CONSUMIDOR

JULHO DE 2005 A JULHO DE 2006 <sup>1</sup>

### **Decreto-lei n.º 156/2005, de 15 de Setembro**

Estabelece a obrigatoriedade de disponibilização de um livro de reclamações a todos os fornecedores de bens ou prestadores de serviços que tenham contacto com o público em geral, reforçando deste modo o exercício do direito de queixa, na medida em que se confere ao consumidor a possibilidade de reclamar no local onde o conflito ocorreu.

Alarga-se o leque de estabelecimentos onerados com a obrigatoriedade de disponibilizarem um livro de reclamações aos consumidores que com eles entrem em contacto.

Por outro lado, embora o dever de remeter a queixa à autoridade competente recaia sobre o prestador de serviços ou o fornecedor do bem, o diploma vem permitir que o consumidor envie também a reclamação. (cf. preâmbulo do Decreto-lei)

### **Decreto-lei n.º 1/2006, de 2 de Janeiro**

Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 2003/66/CE, da Comissão, de 3 de Julho, consagrando novas regras em matéria de etiquetagem de frigideiras, congeladores e das combinações respectivas.

---

<sup>1</sup> Recolha elaborada por Mafalda Miranda Barbosa, Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra.



**Decreto-lei n.º 14/2006, de 20 de Janeiro**

Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 2003/33/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Maio, e modifica o Decreto-lei n.º 226/83, de 27 de Maio, ao estabelecer novas regras em matéria de publicidade e propaganda dos produtos de tabaco.

**Decreto-lei n.º 82/2006, de 3 de Maio**

Modifica o decreto-lei nº359/91, de 21 de Setembro, ao impor o dever de indicar a TAEG (taxa anual efectiva global) em todas as comunicações comerciais relativas aos contratos de crédito celebrados com consumidores.

**Decreto-lei n.º 92/2006, de 29 de Maio**

Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 2002/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros com consumidores.

Entre as medidas consagradas, importa sublinhar o dever de informação prévio à celebração de um contrato à distância que impende sobre o fornecedor do serviço, e bem assim o direito do consumidor de resolver o contrato, sem penalização e sem indicação dos motivos, durante um determinado período de tempo.

O direito de resolução não se aplica aos serviços financeiros cujo preço dependa das flutuações do mercado financeiro, podendo então variar durante o período em que tal direito é exercitável, sem que o fornecedor do serviço possa controlar a flutuação.

## Jurisprudência



# JURISPRUDÊNCIA RELEVANTE EM MATÉRIA DE DIREITO DO CONSUMIDOR

JULHO DE 2005 A JULHO DE 2006<sup>1</sup>

## CONTRATOS DE ADESÃO

### **Acórdão do STJ de 9 de Maio de 2006**

Vem considerar válida a cláusula contratual que permite a uma empresa “subcontratar com terceiros o fornecimento de gás, sua leitura, facturação e cobrança, pois a subcontratação não pode ter lugar sem a autorização do Governo”, bem como a cláusula que estabelece como competente um foro que não implique graves inconvenientes para as partes. ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

### **Acórdão do STJ de 18 de Abril de 2006**

Referindo-se ao dever de comunicação das cláusulas contratuais gerais, consagrado no artigo 5.º do DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, o STJ vem considerar que ele se destina a permitir o conhecimento prévio do conteúdo contratual ao aderente. Assim, a comunicação deve integrar todos os esclarecimentos necessários, de modo a permitir a percepção clara de todas as implicações que as cláusulas acarretem.

Importa ainda salientar que o ónus da prova do cumprimento efectivo de tal dever incumbe ao contraente que elabora as condições do contrato.

---

<sup>1</sup> Recolha elaborada por Mafalda Miranda Barbosa, Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra

A falta de cumprimento de tal dever implica a exclusão das cláusulas não comunicadas do contrato que, não obstante, subsiste sem elas, excepto se « sobrevier uma indeterminação insuperável de aspectos essenciais ou se daí resultar um desequilíbrio das prestações gravemente atentatória da boa fé». ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

#### **Acórdão do STJ de 7 de Março de 2006**

O STJ vem sublinhar que, ao abrigo do artigo 8.º DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, são nulas as cláusulas contratuais inseridas no documento que formaliza o contrato depois da assinatura das partes. ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

#### **Acórdão do STJ de 19 de Janeiro de 2006**

A comunicação a que se refere o artigo 5.º DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, deve ser feita de maneira a garantir à outra parte a possibilidade de um conhecimento completo e efectivo de todas as cláusulas do contrato, sem prejuízo de um comportamento diligente por parte do aderente no sentido de chegar a tal conhecimento.

O STJ vem, ainda, afirmar que o dever de informação consagrado no n.º 2 do artigo 6.º do mesmo diploma fica dependente da iniciativa do aderente nesse sentido. ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

#### **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15 de Dezembro de 2005**

O Tribunal da Relação do Porto vem considerar que “sendo as cláusulas gerais constantes dos contratos de adesão de natureza contratual e não normativa, a sua interpretação tem necessariamente que ser feita ao abrigo das regras ou princípios gerais dos contratos, entre os quais os constantes do DL n.º 446/85, de 25/10, com as subsequentes alterações nela introduzida”. Mais refere que o dever de comunicação consagrado pelo artigo 5.º daquele diploma é uma decorrência do princípio da boa fé.

Vem, ainda, considerar que a não invocação “durante os quase seis anos subsequentes à outorga do Contrato de Financiamento para

Aquisição de Bens de Consumo Duradouros, da nulidade do contrato por omissão do dever de informação das cláusulas que o compõem, assim como o pagamento de 44 das 60 prestações acordadas, acrescido do uso e fruição do bem financiado durante largo período de tempo, cria na contraparte concedente do crédito a confiança de que a nulidade não mais será invocada”, pelo que a invocação posterior da nulidade do contrato consubstancia uma situação de abuso do direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*. ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

#### SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

##### **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de Maio de 2006**

Vem considerar que o direito de interromper o fornecimento de energia eléctrica só pode ser exercido “depois de o distribuidor ter notificado o consumidor do valor presumido do consumo irregularmente feito e de o ter informado de quais são os seus direitos, designadamente o direito de requerer uma peritagem à Direcção Geral de Energia, caso entenda não ter cometido nenhuma fraude”.

“Não tendo o consumidor afastado a presunção de autoria do procedimento fraudulento, tem a EDP o direito de interromper o fornecimento de energia eléctrica, selando a entrada do contador”. ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

##### **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de Janeiro de 2006**

O artigo 10.º da Lei n.º 23/96, relativa aos serviços públicos essenciais, consagra um prazo de prescrição que começa a contar a partir do momento em que o direito pode ser exercido, ou seja, a partir da prestação do serviço a que o crédito se refere.

O Tribunal da Relação do Porto afasta-se, assim, do entendimento manifestado noutros arestos, segundo o qual o prazo de prescrição se deveria contar a partir da apresentação da factura do serviço. ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

### **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 3 de Novembro de 2005**

Vem afirmar que a contagem do prazo de prescrição de créditos por serviços telefónicos se inicia a partir da prestação do serviço e não a partir do momento em que ocorre a facturação. ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

#### CLÁUSULA PENAL

### **Acórdão do STJ de 12 de Janeiro de 2006**

O STJ vem considerar que a pena estipulada ao abrigo de uma cláusula penal que visa assegurar o ressarcimento e forçar o cumprimento é devida independentemente da presença de danos. ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

### **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Dezembro de 2005**

Definindo a cláusula penal como “a convenção através da qual as partes fixam o montante da indemnização a satisfazer em caso de eventual incumprimento do contrato (incumprimento definitivo ou de simples mora)”, vem afirmar que não há que averiguar se ocorreram efectivamente danos e qual o seu montante e que “a nossa lei não permite cumular a cláusula penal e a indemnização segundo as regras gerais, justamente porque aquela é indemnização à *forfait* fixada preventivamente”, o que não impede, todavia, “que sejam exigidos juros de mora à taxa legal desde a data da citação” ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

### **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de Setembro de 2005**

Vem considerar que “a aferição do carácter desproporcionado da cláusula penal, nos termos do artigo 19.º c) do DL n.º 446/85, deverá ser feita em abstracto, nos próprios termos do contrato e independentemente das suas vicissitudes fácticas”, enquanto que “o carácter excessivo de tal cláusula deverá ser ponderado em concreto, tendo em atenção os prejuízos que para o credor resultam do incumprimento”, ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

### Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18 de Novembro de 2005

O Tribunal da Relação de Coimbra vem estabelecer a diferença entre duas modalidades de cláusulas penais: as cláusulas penais indemnizatórias e as cláusulas penais compulsórias. Restringindo a análise às primeiras, vem afirmar que “o acordo das partes visa exclusivamente fixar a indemnização devida pelo incumprimento definitivo – *clausula penal compensatória* –, pela mora ou pelo cumprimento defeituoso – *clausula penal moratória* –, reconduzindo-se a uma fixação prévia do montante da indemnização no caso de incumprimento”. Considera, ainda, que “nas cláusulas penais moratórias visa-se constituir uma forma de liquidação prévia do dano pela mora resultante da obrigação principal, o que significa que o devedor não fica obrigado ao ressarcimento do dano que efectivamente cause ao credor pelo não cumprimento pontual, mas ao pagamento do dano fixado antecipada e negocialmente através da pena convencional, sempre que não tenha sido acordada a ressarcibilidade do dano excedente”. E defende que, neste caso, a pena não se pode cumular com o pedido de juros de mora, sendo, porém, admissível o seu cúmulo com a sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829.º A, n.º 4 do Código Civil. Salaria, ainda, que a mora no pagamento do montante da pena acordada pelas partes confere o direito ao pagamento de juros de mora, nos termos do artigo 806.º Código Civil. ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))





## ÍNDICE

Apresentação .....	3
O CDC – Centro de Direito do Consumo .....	5
Doutrina .....	15
Qualidade do Objecto Contratual <i>Carlos Ferreira de Almeida</i> .....	17
Novas Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos <i>Judith Martins-Costa</i> .....	49
Novo Código Civil Brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor: um <i>Approach</i> de suas Relações Jurídicas <i>Luiz Edson Fachin</i> .....	111
La “Pérdida de Oportunidad” como Daño Indemnizable <i>M.ª Luisa Arcos Vieira</i> .....	137
El Sistema Dual de Responsabilidad por Productos y Servicios en el Derecho de Consumo Español <i>Inmaculada Barral</i> .....	175
El Carácter Vinculante de las Declaraciones Públicas en la Venta de Bienes de Consumo (en la Directiva 1999/44/CE). <i>Manuel Jesús Marín López</i> .....	211
Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor <i>António Pinto Monteiro</i> .....	245

O Anteprojecto de Código do Consumidor e a Venda de Bens de Consumo <i>Paulo Mota Pinto</i> .....	263
União de Contratos de Crédito e de Venda para Consumo: Situação Actual e Novos Rumos <i>F. Gravato Morais</i> .....	279
Linhas Gerais do Regime Jurídico dos Crimes Contra Interesses dos Consumidores no Anteprojecto de Código do Consumidor <i>Augusto Silva Dias</i> .....	315
Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais <i>Alexandre Dias Pereira</i> .....	341
A Posição Jurídica do Consumidor na Compra e Venda Financiada: Confronto entre o Regime em Vigor (RJCC) e o Anteprojecto do Código do Consumidor (AntpCCONS.) <i>Paulo Duarte</i> .....	379
Procedimentos de Reestruturação do Passivo do Devedor Insolvente <i>António José Fialho</i> .....	409
O Ministério Público e a Defesa do Consumidor <i>João Alves</i> .....	457
<b>Trabalhos de Estudantes do Curso</b> .....	475
Dever de Informação nos Contratos à Distância e ao Domicílio <i>Igor Rodrigues Britto</i> .....	477
<b>Legislação</b> .....	519
Legislação relevante em matéria de direito do consumidor ..	521
<b>Jurisprudência</b> .....	523
Jurisprudência relevante em matéria de direito do consumidor	525



