

BOLETIM DE INTERESSES DIFUSOS

SUMÁRIO

CIRCULAR Nº 3/94, DE 15 DE MARÇO

Nota sobre intervenções processuais do Ministério Público.

PUBLICIDADE

Os separadores na publicidade televisiva:
Posição da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade; as sentenças nos caso "Persil" e "Super Bock".

CASOS PRÁTICOS

"Timesharing" - Crime de burla.
"Leasing" e locação financeira - Licitude da cláusula penal.
Cláusulas abusivas no âmbito da comercialização de cartões turísticos - Acção inibitória.
Contrato de seguro - Cláusula que estipula como foro o local da emissão da apólice.
Contaminação de água por resíduos de uma ETAR - Crime de poluição.
Indústria de curtumes - Crime de poluição.
Descarga em rede de saneamento - Crime de poluição
Derrame de combustível - Responsabilidade objectiva.

INTERVENÇÕES PROCESSUAIS

(CIRCULAR Nº 3/94, DE 15 DE MARÇO)

Dá-se nota de intervenções processuais do Ministério Público no domínio da protecção de interesses difusos, recebidas na Procuradoria-Geral da República ao abrigo da Circular nº 3/94, de 15 de Março.

Desta feita, estão em causa:

- situações relativas à introdução de cláusulas abusivas em contratos pré-elaborados de venda de cartões de débito e crédito;

- a actividade de extracção de inertes e de aterro em prédio que integra a Reserva Ecológica Nacional com fundamento também na violação do direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Circular nº 3/94, de 15 de Março
*(Contribuição do Ministério Público para a protecção dos interesses difusos -
Divulgação de peças processuais)*

Tribunal Cível da Comarca do Porto

O Ministério Público, na sequência de comunicação da Associação Portuguesa de Direito de Consumo, instaurou processo administrativo, tendo em vista eventual propositura de acção inibitória de utilização de cláusulas abusivas nas "condições gerais de utilização" dos seguintes cartões:

-

As irregularidades denunciadas respeitavam à:

- utilização de língua estrangeira e de linguagem pouco clara;
- omissão de direitos e obrigações das partes;
- não fixação de encargos resultantes da celebração do contrato;
- determinação do ónus da prova;
- condições em que o emitente pode exigir a restituição do cartão e ao período de retractação do cliente;
- formas de pagamento do saldo;
- segurança do cartão.

Após audição do representante legal das instituições emitentes, estas procederam à alteração dos formulários de acordo com a lei, encontrando-se estes já em vigor. Nessa medida, o processo administrativo foi arquivado.

Comarca de Esposende

O Ministério Público requereu ratificação judicial de embargo de obra nova que fora efectuado pela Direcção Regional do Ambiente - Norte e tendo por objecto um aterro em zona integrada na Reserva Ecológica Nacional e propôs a competente acção de condenação.

A Ré levava a cabo, em terreno sua propriedade mas incluído na REN, a extracção de areias de que resultara uma cova com cerca de 200 metros de comprimento, 50 m. de largura e 6 m. de profundidade.

Complementarmente, procedeu ao aterro da descrita cova, utilizando para o efeito bidões de plástico e metal, entulho de construção civil e terra.

Assim operando, em zona de máxima infiltração de água, a Ré provoca a destruição do coberto vegetal e a alteração da morfologia do solo, impedindo a sua regeneração e pode ainda causar a contaminação do Rio Cávado, lençóis aquíferos e poços.

Com fundamento na proibição da actividade em causa na Reserva Ecológica Nacional e na violação do direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, pediu o Ministério Público a condenação da Ré na cessação imediata da actividade de extracção de inertes e de aterro no local.

PUBLICIDADE

Introduzimos neste número um espaço autónomo dedicado à matéria da publicidade que regressará sempre que se justifique.

As infracções ao Código da Publicidade, constituindo ilícitos contraordenacionais, demandam, em regra, a intervenção do Ministério Público na fase judicial, quase sempre presente dado o valor das coimas. A eventual sustentação em julgamento da decisão da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria da Publicidade e a possível interposição de recurso da decisão judicial absolutória requerem uma particular atenção à matéria que ora se introduz no Boletim de Interesses Difusos.

Precedidas de uma nota introdutória elaborada para o efeito pela Senhora Juiz-Presidente da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria da Publicidade, encontram-se reproduzidas as principais peças do "Caso Super Bock" e do "Caso Persil".

Os Separadores na TV

Com a alteração ao artº 8º do Código da Publicidade, introduzida pelo Decreto-Lei nº 6/95, de 17 de Janeiro, e simultaneamente com o início do funcionamento da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria da Publicidade criada por este Decreto-Lei, instituiu-se a obrigatoriedade para todos os canais de televisão (e para a rádio) de proceder à separação da programação habitual e da publicidade através da introdução de um separador a inserir no início e no fim do espaço publicitário.

Separador esse que, por força do referido dispositivo legal, é constituído, na rádio, por sinais acústicos e, na televisão, por sinais ópticos ou acústicos, devendo, no caso da televisão, conter, de forma perceptível para os destinatários, a palavra "Publicidade" no separador que precede o espaço publicitário.

Determinando, ainda, o nº 1, do artº 8º, que a publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado.

Na sequência destas exigências legais, todos os canais de televisão conceberam separadores coloridos e criativos com o intuito de separar a publicidade da restante programação.

Só que essa utilização nem sempre tem obedecido aos requisitos legais, ocorrendo frequentemente situações ilícitas que vão desde a inclusão de publicidade sem identificação ou precedência de separador, passando pela emissão de publicidade oculta ou dissimulada transmitida sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem.

Registam-se também casos em que o separador que anuncia o início e o terminus do espaço publicitário é concebido com características semelhantes ao spot relativo a determinado produto ou bem comercializado e cuja publicidade é inserida antes ou depois daquele separador, o que, ao invés de servir como meio de separação da

publicidade do resto da emissão do operador televisivo, funciona como uma extensão ou prolongamento dessa mesma publicidade.

Qualquer destas situações é ilícita, porquanto são violados os princípios da identificabilidade e da separabilidade preceituados no artº 8º do Código da Publicidade.

Tal prática tem sido utilizada insistentemente por um dos canais de televisão, sendo disso exemplo significativo os conhecidos separadores das "gotas de água" com o fundo vermelho e anúncio similar da "Super Bock", o separador com as cores e formato da caixa do detergente "Persil" e o anúncio ao detergente "Persil" com as mesmas características ou o separador com as faixas das cores do Banco Mello a formarem o cubo do seu símbolo e o spot a este Banco com as mesmas cores, símbolo ...

Através desta evidente semelhança visual entre o separador e o anúncio, transmitidos sequencialmente, pretende-se provocar nos destinatários a percepção de que o separador é o prolongamento da mensagem publicitária, aumentando e estendendo propositadamente o período e o efeito útil da publicidade.

A Comissão tem considerado como ilícita a utilização e inserção deste tipo de separadores e, em consequência, condenado o referido canal televisivo por tal prática contra-ordenacional.

Dessas decisões têm sido interpostos recursos para o respectivo Tribunal, sendo já conhecidas duas sentenças em sentido oposto, ambas proferidas pelo Tribunal de Oeiras: a sentença datada de 23/3/98 a confirmar a decisão da Comissão (caso "Super Bock") e a datada de 20/2/98 a revogar a decisão da Comissão (caso "Persil").

Mais do que reafirmar, aqui, as razões jurídicas oportunamente aduzidas em cada uma das decisões desta Comissão, parece-nos mais ajustado remeter os leitores para o conteúdo de cada uma das sentenças proferidas em sede de recurso, a fim de cada um poder livremente formar a sua convicção sobre a melhor interpretação da lei vigente.

Juiz-presidente da Comissão
de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade

TRIBUNAL DE CIRCULO E DA COMARCA DE OEIRAS

Proc. nº 210/97

Nos presentes autos de recurso contra-ordenacional, X, S.A., com sede na, ora recorrente, vem impugnar a decisão da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade, proferida no âmbito do processo de contra-ordenação nº ..., pela qual lhe foi aplicada uma coima de Esc. 2.000.000\$00, nos termos do disposto nos arts. 8º e 9º e 34º, nº 1, al a), todos do Código da Publicidade, por ter emitido publicidade, de forma dissimulada, nos separadores da publicidade da restante programação televisiva, em violação, portanto, aos princípios da identificabilidade e da separabilidade.

Na sua motivação, a recorrente conclui que o separador em causa cumpre a sua função de separar a publicidade da programação, não constituindo uma forma de publicidade subliminar ou dissimulada, alegando fundamentalmente, que:

- o separador inclui um fundo vermelho com gotas de água, no qual aparece a palavra "publicidade" na parte inferior do écran, sendo acompanhado de sinais sonoros - audíveis e quando o separador desaparece do écran fica totalmente negro, o que não se confunde com o *spot* publicitário da cerveja "Super Bock";

- que entre o separador referido e o *spot* publicitário não existem os mesmos sons e movimentos e que a única similitude se reconduz à cor vermelha no fundo;

- o separador constitui uma emissão concreta e única pelo que não pode comportar publicidade dissimulada. porque não inclui sinais ou objectos; que são iguais ou muito parecidos com um produto publicitário e o telespectador chega a tomar consciência da mensagem.

Em 27.05.97, a X, S.A. declarou para efeitos de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, como total de proventos obtidos entre 1.1.96 e 31.12.96, Esc. 19.632.013.935\$00.

Sendo esta a matéria de facto assente, cumpre apreciar e decidir.

É imputada à recorrente a violação dos princípios da identificabilidade e separabilidade e a prática de publicidade dissimulada, e como tal a prática das contra-ordenações p. e p. pelos arts. 8º, 9º e 34º, nº 1, al. a), ambos do Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei nº 330/90, de 23 de Outubro, na redacção introduzida pelos Decretos-Lei nºs 74/93, de 10 de Março, e 6/95, de 17 de Janeiro.

Entendendo a recorrente não ter violado tais normas legais, constata-se que a *questão jurídica controvertida* consiste em apurar se o comportamento supra descrito é, ou não, susceptível de integrar a prática das contra-ordenações referidas, por violador dos princípios da separabilidade e identificabilidade da publicidade e por se traduzir na prática de publicidade dissimulada.

Estabelece o artº 8.º do Código da Publicidade que:

"1. A publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado.

2. A publicidade efectuada na rádio e na televisão deve ser claramente separada da restante programação, através da introdução de um separador no início e no fim do espaço publicitário.

3. *O separador a que se refere o número anterior é constituído (...) na televisão, por sinais ópticos ou acústicos, devendo conter de forma perceptível para os destinatários a palavra "Publicidade" no separador que precede o espaço publicitário.*

Por sua vez, dispõe o artº 9º do mesmo diploma legal que:

1. *"É vedado o uso de imagens subliminares ou outros meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem.*

2. (...)

3. *Considera-se publicidade subliminar para os efeitos do presente diploma, a publicidade que, mediante o recurso a qualquer técnica, possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que ele não chega, a tomar consciência."*

Pela simples leitura dos referidos preceitos legais, constata-se que o legislador pretendeu que a publicidade seja apresentada de maneira a que seja facilmente reconhecida pelos destinatários e que estes se apercebam inequivocamente da natureza e do conteúdo publicitário da mensagem emitida, quaisquer que sejam as formas, e os suportes publicitários utilizados. Nomeadamente obrigando que o bloco publicitário esteja perfeitamente identificado como tal e que se demarque, através de separadores *específicos* e *próprios* da restante programação e que a mensagem publicitária seja identificada como tal, de forma expressa e directa e não seja transmitida de forma "encapotada".

Atento o disposto no artº 8º, resulta patente que a exigência do separador se prende com o facto de se destacar a publicidade do resto da programação, devendo o mesmo ser um marco de divisão e fronteira, que, necessariamente, atenta a sua função. - separar tem de ser diferente dos - anúncios publicitários transmitidos e, deles ser dissociado. Ou seja, o separador só cumpre a sua função quando é "inócua" em termos de mensagem publicitária, uma vez que a única mensagem que o mesmo deve conter é a de que a seguir vai ser transmitida publicidade. Isto é informar o telespectador que deixou de ser transmitido o programa respectivo e vai passar a ser transmitida publicidade.

Assim sendo, quando o próprio separador, em termos expressos ou subliminares, contem mensagens publicitárias não cumpre as suas funções enquanto separador mas é antes funcionalizado para transmissão dessa mesma mensagem publicitária, servindo assim como meio de introdução do anúncio publicitário respectivo.

E essa funcionalização não deixa de existir pelo facto de o separador conter a palavra "publicidade", pois como se referiu já, o que o legislador pretende é que o telespectador se aperceba que a seguir ao separador vai ser transmitida publicidade e não que o próprio separador é já ele publicidade, uma vez que o mesmo só deve servir como "barreira" entre a programação e a publicidade e não como veículo de transmissão de publicidade ou como meio de predispor o telespectador para um anúncio publicitário específico.

O artº 9º proíbe que se usem imagens subliminares ou outros meios que sejam susceptíveis de transmitir publicidade sem que os telespectadores se apercebam dessa mesma mensagem. E esta proibição impõem-se, independentemente da forma ou técnica que concreta e especificamente seja utilizada, sempre que se constate que a mesma é apta a provocar no destinatário percepções sensoriais de que o próprio não se chega a aperceber. Ou seja, a mensagem publicitária é transmitida de uma forma tal que o telespectador, inconscientemente assimila-a mas não se chega a reconhecer como receptor da mensagem publicitária, não obstante a mesma lhe provocar reacções sensoriais.

Uma das formas possíveis de transmitir publicidade subliminar ou dissimulada é precisamente mediante a associação de determinadas imagens, sons ou configurações visuais de um determinado espaço de emissão com marcas específicas de produtos.

Refira-se ainda que este preceito legal não limita a possibilidade de existência de publicidade subliminar à transmissão de determinado programa específico, como seja um filme, podendo a mesma ocorrer no âmbito geral da programação realizada.

Feita a análise dos preceitos legais em questão, cumpre agora atentar na situação concreta.

Ora, atendendo à matéria de facto provada constata-se que a requerente transmite um separador com as características referidas no nº 1 dos factos provados, no início de um "bloco" publicitário, seguindo-lhe um anúncio à cerveja "Super Bock", com as características referidas sob o nº 2 dos factos provados.

Pela análise comparativa entre o separador e o referido anúncio constata-se que ambos têm o fundo vermelho na mesma tonalidade, que em ambos surgem gotas de água, que vão deslizando - no primeiro caso para formar uma gota de água maior onde se insere a palavra "publicidade" e no outro, acompanhando o movimento da carga da cerveja - e que o movimento, quer da referida gota no separador, quer da carga no anúncio, se faz do topo do écran para a parte inferior central do mesmo.

Como elementos não coincidentes entre o separador e o anúncio surge, evidentemente, a palavra "publicidade" no interior da gota de água e a palavra "Super Bock" no interior da carga; o facto de a gota de água vir a deslizar no écran e a carga vir aos "saltos" e o som que acompanha um e outro que não é o mesmo, não obstante ser semelhante.

Apreciados o separador e o anúncio referido em conjunto, ressalta que entre ambos existe uma semelhança visual muito acentuada, relacionada com a existência de um fundo e de uma dinâmica comuns que faz com que, em termos de normalidade, ou atento o padrão médio do telespectador, exista a associação do separador ao anúncio, constatando-se que os elementos diferenciadores entre um e outro ficam esbatidos, não sendo assim suficientes para não criarem a "sensação" no telespectador que os mesmos se complementam ou estão associados, sensação essa que é acentuada com o facto de o anúncio ser logo transmitido a seguir ao separador.

E esta associação do separador ao anúncio publicitário traduz-se, desde logo, em acentuar o impacto da imagem e prolonga, a nível de tempo, a mensagem publicitária, que, por via da referida associação, se "interpenetra" com o separador, induzindo assim o telespectador em erro, porque o mesmo, não se chega a aperceber desses efeitos.

É certo que essa associação não ocorre com a primeira emissão ou "passagem" do separador e do *spot* publicitário, mas a mesma, inevitavelmente, ocorre com a transmissão do anúncio publicitário da "Super Bock" logo a seguir ao separador de forma regular e constante, o que, aconteceu 6 a 7 vezes por dia, num total de 1.363 vezes, no período compreendido entre 08.12.95 a 30.06.96 (cfr. facto provado sob o nº 4).

E neste aspecto não tem qualquer procedência o argumento da recorrente ao referir que não existe interesse em transmitir essa mensagem através do separador quando o "spot" publicitário passa logo a seguir. De facto, como tão bem saberá a recorrente, o interesse traduz-se no prolongamento e no impacto da própria mensagem publicitária.

Ora, perante este tipo de transmissão encontra-se mais que evidenciada a aposta, por parte dos criativos do separador com aquelas características e do referido anúncio publicitário, na associação que o telespectador necessariamente faria entre ambos. Se

assim não fosse, restaria perguntar, porque nunca alteraram a ordem de transmissão do anúncio, não o pondo, por exemplo, no meio do bloco publicitário?

Assim sendo, não nos restam dúvidas que o separador e o "spot"- publicitário foram criados em função um do outro e tendo em vista a forma de transmissão referida - o spot publicitário imediatamente a seguir ao separador -, sendo uma técnica perfeitamente consciente e concebida, precisamente com a noção e com o intuito de que vai existir, por parte do telespectador, essa associação. Tanto assim é que a recorrente vai adaptando separadores a determinados anúncios publicitários.

Saliente-se aliás, que a própria recorrente admite existir semelhança em termos visuais entre o separador e o anúncio publicitário, nomeadamente no que concerne ao fundo vermelho utilizado em ambos, referindo no entanto que tal semelhança não é suficiente para o telespectador associar a separador ao anúncio e não é proibida por lei.

A semelhança entre o separador e o anúncio publicitário é também assumida na deliberação do Instituto Civil da Autodisciplina da Publicidade, que a recorrente juntou aos autos, a fls. 17 ss, e no qual se refere que *"Há, sem dúvida, uma evidente semelhança visual entre o fundo do separador e o anúncio, só que essa semelhança parcial não é proibida por qualquer norma legal ou de deontologia da publicidade, pois o que esta não deve imitar são «outros anúncios», e não os separadores dos blocos publicitários."* Concluindo que se existisse imitação do separador só a recorrente poderia, eventualmente, queixar-se, com base nas normas reguladoras dos direitos de autor e que o Júri nada tem a opor ao anúncio em causa. (sublinhado nosso).

Ora, esta deliberação em nada ajuda a recorrente na sua tese. De facto, na mesma apenas se analisa se são, ou não, violadas as normas deontológicas da publicidade pressupondo aliás, que o separador também pode conter publicidade - numa perspectiva de "imitação, por parte do anúncio, do separador, nada referindo quanto à questão em análise - se essa semelhança se traduz, ou não, em publicidade dissimulada e apenas concluindo que "nada tem a opor ao anúncio em causa", sendo certo que o que se discute nos presentes autos não é o anúncio publicitário enquanto tal.

Atento todo o exposto, mostram-se improcedentes as conclusões que a recorrente formula em sede de alegações.

Efectivamente, a recorrente refere que não se verificam os requisitos da publicidade dissimulada, por a mesma exigir suportes que são filmes ou séries, no entanto, como já se referiu aquando da análise do artº 9º do Código da Publicidade, nada na letra nem na "ratio" de tal preceito legal permite retirar tal conclusão. Antes pelo contrário, verifica-se não existir qualquer limitação, em termos de suporte específico de programação, para que a mensagem publicitária seja subliminarmente transmitida, sendo o referido preceito legal bastante "aberto" quer em relação ao meio utilizado - imagens subliminares ou outros meios dissimuladores, quer quanto à forma de transmitir os mesmos - mediante qualquer técnica.

Saliente-se que, nos termos da lei, o separador deve constituir uma emissão concreta que não se confunde (ou não devia confundir-se), com qualquer anúncio publicitário, pelo que existe a possibilidade, de através do mesmo serem transmitidas as referidas imagens subliminares integrantes da publicidade dissimulada.

Falece ainda razão à recorrente quando conclui que a lei não proíbe semelhanças entre separadores e "spots" e isto porque. a lei só não proíbe tais semelhanças se as mesmas não forem aptas a serem associadas à mensagem publicitária do anúncio em causa. Pois, com já se referiu, a lei exige que o separador para cumprir as suas funções, seja inócuo em termos de mensagem publicitária não podendo, ele próprio, transmitir, prolongar ou reforçar, mesmo que por via de associação, determinada mensagem publicitária, uma vez que o separador, como o seu próprio nome indica, tem por função,

exclusivamente, separar a publicidade da restante programação. Ou seja, a única mensagem que o mesmo deve conter, é a de que a seguir vai ser transmitido um bloco publicitário e não ser, ele próprio, funcionalizado a uma mensagem publicitária concreta e específica.

E esta posição, em nada é alterada pelo facto de, tal como alega a recorrente, o separador ter a palavra "publicidade" porque a mesma é exigida pelo artº 8º do Código da Publicidade destinando-se a informar que se vai seguir a transmissão de publicidade e não para informar que o separador é, ele próprio, publicidade. Assim sendo, o separador em análise, contrariamente ao afirmado pela recorrente, não cumpre integralmente as imposições do Código da Publicidade.

Face a todo o exposto, impõe-se concluir, perante a factualidade provada e atento o modo de actuação concreto da recorrente, ter-se por violado o disposto no artº 8º e, simultaneamente (ou por via dessa violação), ter-se por realizado o comportamento típico previsto no artº 9º, punidos nos termos do disposto no artº 34º, nº 1, al. a), todos do Código da Publicidade e, conseqüentemente, por realizadas as contra-ordenações imputadas à recorrente.

As infracções em causa são puníveis com coima de Esc. 400.000\$00 a Esc. 6.000.000\$00, na medida em que se está perante um comportamento levado a cabo por uma pessoa colectiva.

De acordo com o disposto no artº 18º do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 244/95, de 14 de Setembro, a determinação da medida da coima far-se-á em função da *gravidade da contra-ordenação, da culpa, da situação económica do agente e do (eventual) benefício económico que este retirou da prática da contra-ordenação.*

Nos termos do disposto no artº 19º do mesmo diploma legal, no caso de concurso de contra-ordenações aplicar-se-á uma única coima, cujo limite máximo resulta da soma das coimas concretamente aplicáveis às infracções em concurso, não podendo no entanto, exceder o dobro do limite máximo mais elevado das contra-ordenações em concurso nem ser inferior à mais elevada das coimas aplicadas.

No caso *sub judice*, a decisão recorrida, teve em consideração os factores referidos no artº 18º do Decreto-Lei nº 431/82, nada referindo, no entanto, quanto ao aludido benefício económico.

Por outro lado, a decisão recorrida apesar de referir que foram violados os artº 8º, e 9º do Código da Publicidade (cfr. fls. 43 e 44 e fls. 45), no dispositivo apenas se diz - Condenar a arguida, pela prática da referida contra-ordenação, na coima de Esc: 2.000.000\$00, não fazendo assim referência expressa se a mesma é em cúmulo jurídico, ou não.

No entanto, atendendo à motivação, entende-se que a coima fixada naquele montante teve em consideração o facto de terem sido praticadas duas contra-ordenações ao Código da Publicidade.

Nos presentes autos, encontra-se determinado que pela transmissão do anúncio da "Super Bock", a recorrente cobrou à "Unicer", Esc- 31.603.553\$00, sendo certo que nada consta sobre o valor da transmissão do separador em apreciação nos presentes autos, não obstante se entender que no valor supra referido foi ponderado o facto de o separador estar associado ao anúncio.

Quanto à situação económica da recorrente, a decisão recorrida considerou o total dos proventos obtidos pela mesma no ano de 1995, os quais, conforme consta da factualidade assente, foram, no ano de 1996, superiores.

Nos termos do n.º 2 do art. 72º-A do Decreto-Lei nº 433/82, introduzido pelo Decreto-Lei nº 244/95, de 14 de Setembro, o montante da coima aplicada pela autoridade administrativa pode ser agravado se a situação económica e financeira do arguido tiver entretanto melhorado de forma sensível (excepção à proibição da *reformatio in pejus*).

Pela análise da declaração de rendimentos da recorrente referente ao ano de 1996 constata-se ter a recorrente obtido proveitos muito superiores aos tidos em conta pela decisão recorrida, o que permite concluir pelo melhoramento da situação económica da recorrente (cfr. factos provados sob os nºs 6 e 7). No entanto, este melhoramento da situação económica da recorrente não é suficiente para, por si só, se proceder ao agravamento da coima aplicada pela decisão recorrida.

Por outro lado, verifica-se que, em concreto, não se encontra determinado o montante cobrado pela recorrente pela transmissão do separador, em apreciação, por forma a aferir o benefício económico retirado pela recorrente com a prática das contra-ordenações, uma vez que esse é um critério de determinação da medida, coima que reputamos de particular importância, atento o objectivo visado pelo legislador de, através da sua consideração, anular o provento ilicitamente obtido pelo agente.

É certo que não se desconhecem os elevados montantes em causa no que respeita à actividade publicitária e à sua transmissão, como resulta do montante global da transmissão do anúncio da "Super Bock" (facto provado sob o nº 5)

Porém, não menos certo é que o Tribunal não pode, nesta sede, basear-se, apenas, na constatação que tal valor incluiu a transmissão do separador para presumir o benefício económico que a recorrente obteve, uma vez que não temos qualquer critério, concreto e específico, que nos permita demonstrar qual a parte desse montante global se refere à transmissão do separador nos termos em que a mesma foi realizada.

Face ao exposto, e ponderadas as circunstâncias referidas nos artº 18º do Decreto-Lei nº 433/82, atendendo à gravidade das contra-ordenações, à culpa da recorrente (a qual se mostra acentuada atenta a forma de actuação da mesma, sendo, deste modo, elevado o seu dolo), aos limites abstractos da coima supra referidos e às exigências e finalidades da punição, entendemos como proporcional e adequada a fixação da coima de esc: 800.000\$00 (oitocentos mil escudos) pela violação do disposto no artº 8º do Código da Publicidade - uma vez que a recorrente ainda transmitiu um separador publicitário, não obstante o mesmo estar, conforme se referiu, associado ao anúncio da "Super Bock" -, e de esc: 1.500.000\$00 (um milhão e quinhentos mil escudos) pela violação do artº 9º do mesmo diploma legal, mantendo-se, em cúmulo jurídico, a coima de e 2.000.000\$00 (dois milhões de escudos).

Entendendo-se assim que a coima concretamente aplicada pela Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade, se mostra, ainda, *adequada* e *suficiente* pelo que é de mantê-la nessa concreta medida.

DECISÃO

Tudo analisado e ponderado, ao abrigo do disposto no art.º 64º do Decreto-Lei nº- 433/82, de 27 de Outubro, com a redacção que lhe foi atribuída pelo Decreto-Lei nº 244/95, de 14 de Setembro, nega-se provimento ao presente recurso e, em consequência, decide-se manter a decisão recorrida, pela qual foi a recorrente "X, S.A." condenada, pela prática das contra-ordenações p. e p. pelos arts. 8º, 9º e 34º, nº 1, al. a) do Código da Publicidade, na coima de Esc. 2.000.000\$00 (dois milhões de escudos).

Custas pela recorrente, fixando-se em Esc. 50.000\$00 (cinquenta mil escudos) a taxa de justiça devida, nos termos do disposto nos arts. 93.º, n.ºs 3 e 4, e 94.º, nº 3,

ambos do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro.

Notifique a recorrente e o Ministério Público.

Comunique, com cópia, à Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade (cfr. al. 70.º, nº 4 do Decreto-Lei nº 433/82).

Oeiras, 23 de Março de 1998

Interesses Difusos

MINISTÉRIO DA ECONOMIA**Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade**

Proc. nº

Acordam os elementos que constituem a presente Comissão,
Juiz de Direito, que Preside, e respectivos vogais: o Presidente do Instituto do Consumidor, o Inspector-Geral das Actividades Económicas e o Presidente do Instituto da Comunicação Social,
após respectiva deliberação, na seguinte DECISÃO:

Resultam dos autos as seguintes circunstâncias fácticas:

O Instituto do Consumidor lavrou um auto de notícia, datado de 22 de Agosto de 1996, onde fez constar que:

No dia 17 de Julho de 1996, a arguida "X, S.A.", com sede na ..., emitiu o programa "Buérére", tendo interrompido o programa aproximadamente aos 51 minutos de emissão e inseriu o *spot* publicitário do produto "Persil", um detergente destinado à roupa, transmissão esta que foi imediatamente antecedida de um separador de emissão que precedeu, igualmente, à referida transmissão de publicidade.

O separador em causa contém escrita, embora de forma pouco perceptível para os destinatários, a palavra "publicidade", mas a imagem que transmite é facilmente confundível com o *spot* do detergente "Persil", já que possui os mesmos tons verdes e os efeitos especiais são similares.

A emissão junto do público destinatário, do separador com as características apresentadas é, contudo, susceptível de provocar no consumidor, (que não se encontra antecipadamente prevenido e consciente de que esse separador constitui, na verdade, um prolongamento da mensagem publicitária), uma falsa impressão de que se trata de uma manifestação criativa, imparcial e involuntariamente coincidente, do operador televisivo e, logo, completamente desligada da mensagem publicitária que o precede ou que se lhe segue.

Através da utilização, por parte do operador televisivo, deste meio dissimulador e associando o consumidor o separador ao *spot* do detergente, é, pois, prolongado, no tempo, o efeito útil da mensagem, violando-se as regras da identificabilidade da mensagem publicitária que, através desse meio, se confunde com o separador, induzindo-se, em última análise, o consumidor em erro.

Factos que o IC (Instituto do Consumidor) considerou como constituindo uma utilização ilícita do separador que, ao invés de servir como meio de separação da publicidade do resto da emissão do operador televisivo, funciona, na prática, como uma extensão ilícita dessa mesma publicidade.

Ouvida a arguida, veio esta apresentar a sua defesa, nos termos que constam de fls. 10 e segts, e onde conclui pela improcedência da acusação, alegando, em resumo que admite haver, em termos parciais, semelhança visual entre o fundo do separador e o anúncio, mas que tal semelhança não é proibida por lei.

Para reforço da sua posição anexou a deliberação do Júri da Ética Publicitária do Instituto Civil da Autodisciplina da Publicidade, num caso similar, onde se opina que há, sem dúvida, uma evidente semelhança visual entre o fundo do separador e o

anúncio; só que essa semelhança parcial não é proibida por qualquer norma legal ou de deontologia da publicidade.

Foram inquiridas as respectivas testemunhas que se pronunciaram conforme consta dos autos a fls. 21 a 23.

Prova: fls. 5 a 7, e 21 a 23.

ANALISANDO JURIDICAMENTE:

A questão jurídica suscitada nos autos reconduz-se à questão de saber se o separador utilizado pela X antes da emissão do espaço publicitário e do spot do detergente “Persil” que é introduzido de imediato, é ou não ilícito, dadas as características e similitudes que apresenta com o respectivo anúncio, quer quanto ao seu conteúdo, quer quanto à forma, cor e ritmo das respectivas imagens se viola ou não o princípio da identificabilidade previsto no artº 8º do Código da Publicidade, ou se se configura ou não como um caso de publicidade subliminar e dissimulada, proibida pelo artº 9º daquele Código.

A este propósito diremos que:

Um dos princípios gerais que rege a publicidade, a par do princípio da licitude, do princípio da veracidade e do princípio pelos direitos do consumidor, consiste no princípio da identificabilidade.

E, segundo este princípio, consignado no artº 8º do Código da Publicidade, a publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado.

Assim, a publicidade efectuada na rádio e na televisão deve ser claramente separada da restante programação, através da introdução de um separador no início e no fim do espaço publicitário - cfr. nº 2 do citado artº 8º.

Separador esse que é constituído na rádio por sinais acústicos e, na televisão, por sinais ópticos ou acústicos, devendo, no caso da televisão, conter de forma perceptível para os destinatários, a palavra «Publicidade» no separador que precede o espaço publicitário- cfr. seu nº 3.

A redacção deste preceito legal, no tocante aos seus nºs 2 e 3, foi introduzida recentemente pelo Decreto-Lei nº 6/95, de 17 de Janeiro.

E a finalidade subjacente a essa alteração foi exactamente a de impedir que a publicidade seja difundida quer pela rádio, quer pela televisão, sem que os destinatários se apercebam do conteúdo publicitário da mesma.

Houve, pois, da parte do legislador a preocupação de exigir a *obrigatoriedade da identificação dessa publicidade, através da colocação de um separador no início e no fim do respectivo espaço publicitário, como forma de garantia* de que qualquer destinatário, que visiona ou ouça essa mensagem publicitária, se aperceberá desde logo da sua natureza e conteúdo.

E como princípio geral que é, *o princípio da identificabilidade tem que ser observado em qualquer anúncio publicitário nos precisos termos em que está definido pelo artº 8º do Código da Publicidade.*

Mas a publicidade, para além de respeitar o princípio da identificabilidade, tem de se compaginar com os restantes princípios inseridos no Código da Publicidade. E assim, as respectivas mensagens publicitárias devem ser veiculadas em termos que não se encontrem vedados pelo referido diploma legal.

E uma das práticas que o Código da Publicidade proíbe é a publicidade oculta ou dissimulada

Efectivamente, preceitua o seu artº 9º, nº 1 que é vedado o uso de imagens subliminares ou outros meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem.

Por sua vez, o nº 3 dá-nos a noção de publicidade subliminar, estipulando que se considera como tal a publicidade que, mediante o recurso a qualquer técnica, possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que ele não chegue a tomar consciência.

Traduz-se, pois, na utilização de percepções subliminares, que não ultrapassam o limiar da consciência, através da qual a percepção dos objectos ocorre no limite do reconhecimento pelo indivíduo, em face do afastamento do esclarecimento.

É a publicidade dissimulada, oculta com astúcia, encoberta, em que é explorada a transmissão de imagens publicitárias sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem, apreendendo-a inconscientemente.

E assim, *haverá publicidade oculta ou ilícita quando se recorra a um meio insidioso de transmissão, que atinja o sujeito abaixo do limiar da sua consciência, pondo em crise a sua vontade própria.*

A este propósito pode ler-se in Moitinho de Almeida, "A Publicidade Enganosa", 1970, págs. 28 e 29 que, "a publicidade subliminar é aquela que procura agir sobre o indivíduo abaixo do limiar das percepções sensíveis. A mais utilizada é aquela que tem como suporte o cinema, introduzindo-se no filme a projectar imagens que ocupam escassos milésimos de segundo e que o espectador não se apercebe a nível consciente".

Prática que o artº 9º do Código da Publicidade proíbe, em consonância com o estabelecido na Lei nº 58/90, de 7 de Setembro - Regime da Actividade de Televisão - que regula, no artº 27º, nº 2 a identificação da publicidade, *proibindo a publicidade subliminar difundida através da televisão.*

E cuja violação constitui infracção contra-ordenacional prevista e punida nos termos do artº 34º, nº 1, alínea a) do Código da Publicidade com coima.

Ora, reportando-nos ao caso "*sub-judice*" temos que:

Resulta dos autos que a X, durante algum tempo., antes da colocação do *spot* publicitário do produto "Persil" um separador, introduzindo-o no início. antes portanto da emissão da publicidade e no fim do espaço publicitário, fazendo constar desse separador - apenas no que aparece antes do início daquele espaço - , a palavra "Publicidade".

Porém, a questão dos autos não se reconduz à da inexistência de separador publicitário, mas sim à questão de saber se o separador utilizado pela X, antes e depois do anúncio do produto "Persil", apresenta quanto ao seu conteúdo, forma, cor e características, semelhanças tais que se confundem com as que são inseridas no próprio anúncio do "Persil", ou, tais imagens constituem publicidade subliminar, pelo modo como foram concebidas, levando os destinatários a não se aperceberem da natureza publicitária da mensagem que consta do referido separador, o que, a acontecer, está vedado pelo artº 9º do Código da Publicidade.

Ora, das imagens contidas na cassette constatamos que:

O separador da X aqui em causa é formado por um fundo negro onde evoluem finas faixas de cor verde que convergem para o centro do écran, aí formando um círculo branco com margens amarelas, aparecendo inscrita, em letras de pequena dimensão, a palavra "*Publicidade*".

Por sua vez, no *spot* publicitário do "Persil", dois momentos distintos o caracterizam: um primeiro, de formação da imagem final, também com um fundo

igualmente negro onde evoluem finas faixas de cor verde que convergem para o centro do écran, aí formando um círculo branco com margens amarelas, imagem esta que dá origem à parte inferior da embalagem do produto "Persil" que, já num segundo momento, aparece completa e nítida, com o nome "Persil" na sua parte superior.

A sequência entre o separador e o anúncio do "Persil" é feita nos seguintes termos:

- primeiro é introduzido o separador da publicidade com o fundo negro onde evoluem finas faixas de cor verde que convergem para o centro do écran, aí formando um círculo branco com margens amarelas, nos moldes já referidos;
- a seguir e durante milésimos de segundos aparece tudo preto;
- depois surge de novo o fundo negro onde evoluem finas faixas de cor verde que convergem para o centro do écran, aí formando um círculo branco com margens amarelas, seguido da imagem da embalagem do produto;
- seguindo-se, de novo, o fundo negro onde evoluem finas faixas de cor verde que convergem para o centro do écran, aí formando um círculo branco com margens amarelas, já sem a inscrição da palavra "Publicidade".

Da análise efectuada ao conteúdo do separador, sua apresentação, movimento e cor e seu confronto com o *spot* publicitário do "Persil" resulta que:

Ambos possuem características similares como sejam: a mesma cor, os mesmos efeitos visuais traduzidos na existência de um fundo comum com faixas verdes a convergirem para o centro do écran e a mesma sequência de imagens geradora do movimento das faixas até darem origem ao círculo branco bordejado de amarelo, figura esta que, estática, é idêntica à da figura constante da parte inferior da embalagem do produto "Persil".

Todas essas imagens do separador e do *spot* publicitário, transmitidas uma após outra, tomam-se dificilmente distinguíveis e confundem-se, provocando nos destinatários, que não se encontram antecipadamente prevenidos e conscientes, a *percepção de que esse separador constitui um prolongamento da mensagem publicitária*.

E mesmo quando o separador aparece no écran sozinho, a fechar o espaço publicitário, a associação das imagens não é afastada, antes pelo contrário, mantém-se, determinando no destinatário/consumidor/telespectador a imediata associação das faixas verdes no seu movimento convergente à embalagem e ao produto "Persil", de forma inconsciente, e provocando aquilo a que o legislador designa de percepções sensoriais de que ele não chega a tomar consciência, por actuar abaixo do seu limiar.

Está-se, assim, conforme salienta e bem o Instituto do Consumidor, "perante uma modalidade que, ao fazer uso das técnicas de produção de estímulos de intensidades fronteiriças com os limites dos sentidos e *mediante utilização de meios dissimuladores ao nível da imagem* e do som, tende genericamente a actuar sobre o público destinatário sem que ele se aperceba, de forma consciente.

Através da utilização desse meio dissimulador e associando o consumidor o separador ao detergente, é, pois, prolongado no tempo o efeito útil da mensagem, violando-se as regras da identificabilidade da mensagem publicitária, que, através deste meio, se confunde com o separador, induzindo-se, em última análise, o consumidor em erro.

Existe, assim, *uma utilização ilícita do separador que, ao invés de servir como meio de separação da publicidade da restante programação televisiva, funciona, na prática, como uma extensão ilícita dessa mesma publicidade*".

E constitui também publicidade subliminar e dissimulada, através da utilização de imagens subliminares, estando expressamente vedado, pelo artº 9º do Código da

Publicidade, o uso de imagens subliminares ou outros meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem, ou o recurso a qualquer técnica que possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que ele não chegue a tomar consciência.

E não se diga que existe apenas uma mera semelhança visual, que é apenas parcial, entre o fundo do separador e o anúncio, que não é proibida por Lei, como alegou a arguida na sua contestação a fls. 10 a 12 e consta da deliberação do Instituto Civil da Autodisciplina da Publicidade a fls. 14 e 15.

A semelhança é tal que qualquer cidadão comum acaba por associar uma imagem à outra, ou seja: o separador ao detergente “Persil”.

E claro que o facto de não se apresentar de outra forma mais directa e objectiva é propositado, para passar dissimuladamente.

E dadas as características que o separador apresenta só pode ter sido concebido, naqueles termos, com esse objectivo: o de provocar nos telespectadores a confusão, para que estes não se apercebessem da natureza publicitária da mensagem.

Aliás, realça-se, que essa tem sido uma prática sistemática da X, conforme resulta de outros separadores que tem vindo a introduzir e a emitir - v. g., o caso “Super Bock” e, mais recentemente, outros *spots*, que, decerto, não são concebidos assim por mera coincidência ...

Do exposto resulta que a arguida “X, S.A” violou, pelas razões explanadas, os princípios da identificabilidade e separabilidade preceituados no artº 8º do Código da Publicidade e incorreu na prática de publicidade dissimulada, vedada pelo artº 9º daquele Código.

Factos que consubstanciam os ilícitos contra-ordenacionais previstos e punidos nos termos das citadas disposições legais conjugadas com o artº 34º, nº 1, alínea a) em coima cujo montante varia entre 400.000 e 6.000.000\$500, tratando-se de pessoa colectiva.

NESTES TERMOS E CONSIDERANDO:

a) *A gravidade da contra-ordenação* - aferida esta pelas circunstâncias factuais supra descritas quanto ao modo e forma de execução da infracção (como ocorreu: os factos e circunstâncias que se determinaram, que antecederam e envolveram a prática da infracção...), as suas consequências nos termos em que resultaram provadas e atenta, ainda, a natureza jurídica dos deveres legais violados;

b) *A culpa do(s) agente(s)* - Entendida esta enquanto elemento de imputação subjectiva ao(s) agente(s), na intenção ou vontade consciente e livre de realizar o facto, prevendo-o e aceitando-o como consequência directa, necessária ou possível da sua conduta - o *dolo* (nas suas diversas formas), pelo que, o(s) arguido(s) responde(m) pela respectiva factualidade contra ordenacional típica, ilícita e censurável nesses precisos termos;

c) A situação económica da arguida que, no ano de 1995 teve um total de proveitos de 17.196.044.360\$00 (cft. fls. 16-v.);

d) Que a coima a aplicar deverá, sempre que possível, exceder o benefício económico que o agente retirou da prática da contra-ordenação;

e) Os mínimos e máximos previstos no artº 34º, nº 1, alínea a) do referido Código da Publicidade;

f) O cadastro da arguida - correm termos por esta Comissão os autos com o nº 303-13 em que a arguida vem acusada de infracção ao disposto no artº 8º, do Código da Publicidade e outros processos similares.

DECIDE-SE:

Condenar a arguida “X, S.A.” pela prática da referida contra-ordenação, na coima de Esc 2 000 000\$00 (dois milhões de escudos) e custas no montante de Esc.: 35 000\$00, de acordo com o disposto no artº 94º nº 2 e 3 do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro, com a alteração introduzida pela Decreto-Lei nº 244/95, de 14 de Setembro - que define e regula o regime jurídico das contra-ordenações - e aqui igualmente aplicável.

Notifique, com as informações a que aludem os nºs 2 e 3 do artº 58º do citado Decreto-Lei nº 433/82. e com as alterações introduzidas pelo diploma legal supra referenciado, averbando cópia.

Comunique - o que inclui a Inspeção -Geral das Actividades Económicas, o Gabinete de Apoio à Imprensa, o Instituto do Consumidor, a DECO, a ACOP, RADIOTELEVISÃO PORTUGUESA, S.A., a TVI - Televisão Independente, S.A., a ICAP, a APAN, a APAP, a APDC.

Lisboa 12 de Junho de 1997

A Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade

TRIBUNAL DE CIRCULO E DA COMARCA DE OEIRAS

"X S.A.", devidamente representada nos autos, veio interpor recurso da decisão da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade, proferida em 17 de Julho de 1997, que lhe aplicou a coima de 2.000.000\$00 por em 17 de Julho de 1996 ter cometido a contra-ordenação prevista e punida nos termos das disposições combinadas do art.ºs 8º, 9º e 34º n.º 1 alínea a) do Código de Publicidade.

Nos termos da referida decisão, o ilícito referido terá resultado de, na data indicada: "emitiu o programa Buérére, tendo interrompido o programa aproximadamente aos 51 minutos de emissão e inseriu o *spot* publicitário do produto "Persil", um detergente destinado à roupa, transmissão esta que foi imediatamente antecedida de separador de emissão. O mesmo tipo de separador precedeu, igualmente, a referida transmissão de publicidade".

"O separador em causa contém escrito, embora de forma pouco perceptível para os destinatários, a palavra publicidade, mas imagem que transmite é facilmente confundível com o *spot* do detergente "Persil", já que possui os mesmos tons verdes, os efeitos são similares e, mesmo o som com características similares é dificilmente distinguível".

"A emissão presente do público destinatário do separador com as características apresentadas, é contudo susceptível de provocar no consumidor (...) uma falsa impressão de que se trate de manifestação criativa, imparcial e involuntariamente coincidente do operador televisivo e, logo, desligada da mensagem publicitária que o precede ou que se lhe segue".

"Existe no caso uma utilização ilícita no separador que, ao invés de servir como meio de separação da publicidade em relação ao resto da emissão do operador televisivo, funciona na prática como uma extensão ilícita dessa mesma publicidade".

Alega em resumo e conclusão. A recorrente:

- a) entre o separador e o *spot* há as seguintes diferenças:
 - utilizam cores diferentes;
 - utilizam sinais sonoros diferentes;
 - utilizam imagens diferentes.
- b) a única semelhança é constituída pelo movimento de feixes em direcção ao centro do écran;
- c) Não se verificam os requisitos de publicidade subliminar ou dissimulada pois a mesma exige suportes que são filmes e séries, o que não se passa no caso presente;
- d) O separador integra a palavra publicidade;
- e) A Lei não proíbe semelhanças entre separadores e *spots*;
- f) O separador em causa nos presentes autos cumpre integralmente as disposições do Código da Publicidade.

Termina requerendo o arquivamento dos autos.

O Ministério Público não se opôs à admissão do recurso.

O Ministério Público e a recorrente têm legitimidade. Não há nulidades, excepções ou quaisquer questões prévias que cumpra conhecer.

Procedeu-se a julgamento com inteira observância das formalidades legais, tendo resultado como provados os seguintes factos:

No dia 17 de Julho de 1996, a recorrente emitiu o programa televisivo denominado "Buéréré" que interrompeu com a finalidade de inserir algum tempo destinado a publicidade.

Com esse fim emitiu algum tempo, uma imagem a cores em que inseria de forma evidente a palavra *Publicidade* e em que não se fazia referência a qualquer produto ou serviço cuja promoção se pretendesse fazer.

Imediatamente a seguir passou a inserir referências a vários artigos, o primeiro dos quais foi o produto "Persil", um detergente destinado à roupa, em que inseriam tons verdes e com efeitos especiais peculiares. Este tempo de publicidade foi pela entidade requerida considerado como susceptível de causar confusão entre o separador e o *spot* publicitário.

Não se provou, todavia, que a semelhança entre as duas actuações da emissora televisiva fosse de molde a causar inequivocamente a assimilação das duas imagens com propaganda no referido produto.

De resto a inserção como já se referiu da palavra *Publicidade* no separador retira de forma clara a possibilidade de confusão.

Nada mais se provou. A convicção do tribunal baseia-se no depoimento das testemunhas inquiridas, cuja credibilidade se deve apreciar, tendo em conta que são colaboradores da arguida, e da análise da cópia televisiva das imagens em apreço.

Cumpre decidir:

Os factos dados como provados não podem levar à conclusão de que a arguida tenha cometido a contra-ordenação que a decisão recorrida lhe imputa.

Na verdade entende-se que foi dado cumprimento ao disposto pelos diversos artigos do art.º 8 do Código de Publicidade, já que o princípio da identificabilidade foi respeitado.

Por outro lado não pode entender-se que estejamos perante publicidade oculta ou dissimulada, que o art.º 9º do mesmo diploma legal proíbe, já que o produto publicitado no *spot* está perfeitamente identificado nas suas características. Também nenhuma prova foi produzida de que tenha sido violado o n.º 3 desta disposição legal.

Pelo exposto:

Julgo procedente o recurso interposto e consequentemente não provada a acusação revogando a decisão recorrida.

Assim, absolvo a arguida.

Notifique.

Oeiras, 20 de Fevereiro de 1998

O Juiz de Direito

1º CASO PRÁTICO

Comarca de Mangualde

Mais um caso relativo à comercialização de *timesharing*, analisado na perspectiva da sua relevância criminal.

Trata-se de uma situação típica em que o queixoso, após ter sido contactado telefonicamente, se dirige a um hotel para receber o "prémio" e é confrontado com uma acção de venda de direitos reais de habitação periódica.

O queixoso não diligenciou pelo exercício do "direito de arrependimento" no prazo legal. Foram circunstâncias subjectivas supervenientes que o levaram a querer desistir do contrato que celebrara.

O inquérito foi arquivado por inexistir prova indiciária suficiente da prática de qualquer crime e, em particular, do de burla.

Interesses Difusos

TRIBUNAL JUDICIAL DA COMARCA DE MANGUALDE**Serviços do Ministério Público**

1. F (...) veio participar contra "Sociedade de ... Lda." com sede na ..., aduzindo para tanto que:

No dia 17 de Maio de 1997, recebeu uma chamada telefónica no qual era informado de ter-lhe sido sorteado um relógio.

Após outros e insistentes telefonemas no mesmo sentido "decidiu deslocar-se ao Hotel da Senhora do Castelo, sito em Mangualde, com a esposa(...).

No Hotel foram recebidos numa sala com várias mesas redondas e em cada uma estava uma recepcionista e um casal...".

"À recepcionista que os recebeu... perguntaram pelo relógio que lhes havia sido sorteado, mas a mesma conseguiu desviar-lhes a atenção dizendo que primeiro iam conversar".

A conversa que apresentou inicialmente foi saber como gozavam as suas férias, o que gostavam e onde iam...

A certa altura propôs-lhes a aquisição de um apartamento, por uma semana, no Algarve ou em outro local, já que também tinham apartamentos no estrangeiro, a fim de gozarem férias, apresentando-lhes várias vantagens: porque, ao aderir, lhes davam 10 dias e mais a dita semana a que tinham direito, mas se acaso, por qualquer motivo, não pudessem gozar lhes era assegurado o aluguer do mesmo.

Acontece, porém, que o participante, devido a problemas muito graves de saúde não pôde gozar a semana a que tinha direito nem tão pouco os 10 dias.

Assim, solicitou o aluguer do apartamento, por uma semana, na filial existente em Viseu, na Estrada de Nelas, frente ao Palácio do Gelo, onde contactaram a empregada da firma, de nome (...), que preencheu um formulário que assinou, relativamente a 1997 e ainda a respectiva venda.

Para "surpresa" do participante recebeu entretanto uma carta do Clube informando-o que o apartamento ficava na lista de alugueres para o ano de 1998, nada referindo sobre o ano de 1997.

Considera o participante que houve uma intenção dolosa de o obrigar a aderir a um negócio cujos meandros são pouco claros: em primeiro lugar, porque o levaram a deslocar-se da sua residência para receber um relógio, o que efectivamente veio a acontecer, mas depois de ter aderido a um negócio e em segundo lugar, porque o levam a manter um contrato que não deseja, sentindo-se, por isso, deveras prejudicado, tendo entregue 1.800.000\$00 e pago já 25 000\$00 de manutenção.

Já manifestou por escrito a sua vontade de "rescindir o contrato não encontrando por parte da firma receptividade".

Com a participação juntou documentação vária, constituída nomeadamente por correspondência que trocou com o "Clube ..." e um (assim designado) "Contrato de Afiliação Como Membro do Clube ...", datado de 17 de Maio de 1997 e no qual constam como outorgantes "S., Lda.", com sede em ..., por um lado, e o participante e a esposa, por outro (fls. 4 e ss.).

2. Apesar de a participação apontar já, ela própria, o sentido da decisão, entendeu-se por bem ouvir o participante (...), o qual, confirmando-a, acrescentou apenas que assinara o contrato "sem ter atentado que no mesmo não estavam contemplados todas as condições negociadas prévia e verbalmente" (fls. 19).

Não se vislumbra utilidade na realização de outras quaisquer diligências de natureza instrutória, porquanto os elementos constantes dos autos habilitam suficientemente à decisão.

3. Em causa está uma vez mais a problemática do *timesharing* vocábulo de origem britânica que, à letra, significa "partilha de tempo" e que hoje em dia é expressão corrente e universalmente utilizada para representar um *direito de habitação periódica*, traduzido na venda/aquisição do direito ao alojamento durante uma ou mais semanas em unidade independente equipada e mobilada, assim se possibilitando, pois, que uma mesma unidade de alojamento possa acolher vários utentes, sucessivamente, ao longo do ano.

3.1. O regime jurídico da habitação periódica foi instituído em Portugal pelo Decreto-Lei nº 355/81, de 31^{de} Dezembro, revisto pelo Decreto-Lei nº 130/89, de 18 de Abril, e encontra actualmente a sua sede legislativa no Decreto-Lei nº 275/93, de 5 de Agosto, que revogou aquele último.

3.2. São três os principais sistemas adoptados para a constituição de direitos de habitação periódica, a saber:¹

a) *A co-propriedade*: cada pessoa ou família detém um título de *timesharing*, sendo co-proprietário do alojamento, em conjunto com os restantes que ocupam o mesmo espaço ao longo do ano;

b) *O sistema por acções*: o título de *timesharing* é, no fundo, uma acção ou conjunto delas que confere(m) direito ao gozo e fruição da unidade de alojamento durante um certo período;

c) *O "Clube-trustee"*: o adquirente de um título de *timesharing* converte-se em membro de um clube apoiado por uma sociedade (financeira, geralmente).

3.3. No caso, parece ter sido esta a modalidade contratada, como é até sugerido pela terminologia utilizada: "Contrato de Afiliação Como Membro do Clube ...".

3.4. O contrato é, como em regra, vago, impreciso, evasivo. Contudo, uma vez que tem "cláusula de perpetuidade" (v. fls. 13), não pode referir-se a um simples *direito de habitação turística*, mas antes a um verdadeiro e próprio *direito real de habitação periódica*.²

E, assim sendo, não obedece manifestamente à forma legal³, para além de não conter todos os elementos ou menções exigidos no art. 13º do Decreto-Lei nº 275/93, citado.

Essa é, porém, matéria a tratar adiante, sob a perspectiva contra-ordenacional.

4. Por agora, detenhamo-nos na análise do invocado aspecto criminal da questão:

¹ Seguimos neste passo o excelente despacho proferido pelo D.P.R. Dr. Francisco Martins, no Inquérito nº 1934/93 - C. M., do T. J. de Portimão, inserido na colectânea de "Casos Práticos" organizada pela P.G.R., por ocasião da III Conferência "Consumo e Justiça" que teve lugar na cidade de Tomar, nos dias 8, 9 e 10 de Fevereiro de 1996.

² Cfr os art.ºs 3º, 45º e 47º do Decreto-Lei nº 275/93, de 5 de Agosto

³ Artº 7º do mesmo diploma

4.1. É apodíctico que, a haver crime, este só poderia ser o de burla. E burla qualificada, atento o valor envolvido (art.s 218º, nº 1 e 202º, al a), ambos do Código Penal; 1º, nº 1, al. h), do Código de Processo Penal; 1º, nº.s 3 e 4, do C.C.J., na redacção dada pelo Decreto-Lei nº 212/89, de 30 de Junho, mantido em vigor, nessa parte, pelo art. 3º do Decreto-Lei nº 224-A/96, de 26 de Novembro).

4.1.1. O crime de burla, basicamente definido no art. 217º, nº 1, do Código Penal, analisa-se nos seguintes elementos constitutivos:

- a) Uso de erro ou engano sobre factos astuciosamente provocado;
 - b) Para determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou a terceiro, prejuízo patrimonial;
 - c) Intenção de obter para si ou para terceiro um enriquecimento ilegítimo.
- Vejamos então se concorrem na hipótese todos estes requisitos.

5. O participante centra a sua "indignação", conclusivamente, sobre três aspectos (v. supra 1.):

1º Ter sido "levado a deslocar-se da sua residência para receber um relógio, o que efectivamente veio a acontecer, mas depois de ter aderido a um negócio";

2º "Porque o levam a manter um contrato que não deseja, sentindo-se, por isso, deveras prejudicado, tendo entregue 1.800.000\$00 e pago já 25.000\$00 de manutenção";

3º Não encontrar "receptividade" por parte da participada quanto à vontade que manifestou, entretanto, por escrito, de "rescindir o contrato".

5.1. É do conhecimento público e comum que na promoção e venda de *timesharing* têm sido utilizadas técnicas diversas de «marketing» agressivo, aptas a "convencer" os potenciais compradores, nem que para tal os tenham que «vencer» pelo cansaço físico e psicológico decorrente de horas seguidas a ouvir os vendedores.

Conhecedor (como todos) dessa realidade, teve o legislador o cuidado de acautelar a situação, por forma a minorar-lhe as consequências, inserindo na lei-quadro reguladora da actividade disposição específica sobre a matéria⁴.

Com efeito, estabelece-se no nº 3 do art. 43º do Decreto-Lei nº 275/93, em referência, que a "actividade de promoção e comercialização dos direitos reais de habitação periódica só pode desenvolver-se em instalações do proprietário ou do cessionário da exploração do empreendimento ou do mediador".

Essa é, porém, matéria, também ela, do foro contra-ordenacional, a versar adiante, mas sem directa implicação na qualificação dos factos enquanto crime.

5.1.1. Sob tal particular só importa reter que o participante foi aliciado a deslocar-se ao Hotel Senhora do Castelo, nesta cidade e comarca, a pretexto de que fora sorteado a seu benefício "um relógio"⁵, o qual veio efectivamente a ser-lhe entregue nesse dia.

Alega o participante que só "depois de ter aderido a um negócio", mas a verdade é que não há elementos nos autos que conduzam à conclusão de que a entrega do relógio foi condicionada à "celebração do contrato", nem se vislumbra como possam obter-se.

⁴ De algum modo para suprir a "lacuna" dos Decretos-Lei nºs. 272/87, de 3 de Julho, e 243/95, de 13 de Setembro, que, legislando no domínio das chamadas "vendas agressivas", deixaram de fora este sector.

⁵ Ao que parece sem especificação das respectivas características, circunstância que não terá preocupado o participante, mas releva se considerarmos que, como toda a gente sabe (e, logo, o participante), também hoje se adquire um relógio por quaisquer mil ou mil e quinhentos. escudos...

5.2. Clama, por outro lado, o participante, que "o levam a manter um contrato que não deseja, sentindo-se, por isso...prejudicado...".

A lei prevê mecanismos de resolução dos contratos e de renúncia ao direito⁶, os quais não consta que o participante tenha activado.

O que se verifica, ao invés, é que supervenientemente à outorga do contrato, eclodiram na vida e na pessoa do participante determinadas circunstâncias, de cariz subjectivo, as quais fundam o actual desinteresse do participante (...) na "manutenção do contrato".

Isso mesmo é o que limpidamente se extrai de carta cuja cópia se mostra junta aos autos a fls. 6, datada de 23.9.97, dirigida pelo(a) mandatário(a) do participante ao "Clube ...", com o seguinte teor:

"Venho contactar V. Exas. para avaliar da real possibilidade de se arranjar uma solução viável no âmbito do contrato supra referido.

Com efeito, o meu constituinte o Sr. (...), padece de grave doença, a circunstância superveniente que altera em tudo as condições e manutenção do dito contrato.

Queiram indicar-me a possibilidade real de transmissão definitiva dos direitos e deveres inerentes a tal negócio".

Daqui se vê, pois, que o alegado prejuízo não decorre tanto do facto de o participante ter contratado nos termos em que o fez, mas antes - expressa e confessadamente - de circunstâncias supervenientes, de natureza subjectiva. O que transfere a questão para o puro domínio civilístico, seja no âmbito específico do regime jurídico da habitação periódica através dos mecanismos acima referidos, seja no domínio, mais lato, do Código Civil, porventura através dos mecanismos da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias contemplados no art. 437º desse complexo normativo.

Do que não sobram dúvidas é que, ante tal conformação factual, não é possível sustentar que da "celebração do contrato", propriamente dita, tenha advindo, directa ou mesmo indirectamente, prejuízo para o participante. E essa seria sempre uma condição essencial, inultrapassável, para a verificação, na hipótese, do crime de burla perspectivado⁷.

Aliás - e por maioria de razão - quanto ao alegado prejuízo de 25.000\$00 que o participante diz ter pago (e pagou, efectivamente) a título de "taxa de manutenção" referente ao ano de 1998 (v. fl. s 8 a 11), o certo é ser essa uma das obrigações do titular do direito real de habitação periódica - independentemente de quaisquer outras considerações relacionadas com aspectos formais (ou mesmo substanciais) relativos aos critérios de fixação da prestação periódica.

6. Protesta, finalmente, o participante não ter encontrado "receptividade" quanto à vontade que por escrito manifestou de "rescindir o contrato".

Nada mais há para acrescentar ao que já anteriormente - e para além até do que era exigido e, se calhar, conveniente, se deixou dito, nomeadamente em matéria de resolução do contrato.

⁶ Cfr., v.g., os art.ºs. 16º, 19º, 42º e 49º, todos do Decreto-Lei nº 275/93, em referência.

⁷ Como anotam L. Henriques - S. Santos *O Código Penal de 1982*, vol.4, Rei dos Livros, pgs 142 e ss., "tem de existir uma relação entre os meios empregues e o erro e o engano, e entre estes e os actos que vão directamente defraudar o património de terceiro ou do burlado".

6.1. É certo que o participante aduz que no decurso das "negociações preliminares" lhe foi acenado com a franca possibilidade de "venda" do direito que viria a adquirir.

Não é menos verdade, porém, que - para além de a transmissão do direito⁸ estar legalmente prevista⁹ - é o próprio participante quem declara ter "assinado o contrato sem ter atentado que no mesmo não estavam contempladas todas as condições negociadas prévia ou verbalmente" (fls. 19).

Ora, sob o particular em apreço, nem a condição tinha obrigatoriamente que constar do clausulado contratual¹⁰, nem, por outro lado, a falta de atenção, zelo e diligência da participante¹¹ pode - nas exactas circunstâncias do caso - dar-se como "desculpável" para reverter a seu favor.

7. Tudo visto, há que concluir, pois, pela inexistência da prova indiciária suficiente da verificação de qualquer crime - e o de burla, designadamente.

8. Termos em que - e não se vislumbrando outras diligências úteis para efectuar - se determina o arquivamento dos autos, em conformidade com o disposto no art. 277º, nº 2, do Código de Processo Penal.

Comunique ao denunciante - art. 277º, nº 3, do Código de Processo Penal.

Havendo, como se deu nota, indícios da prática de ilícitos contra-ordenacionais, p. e p. nomeadamente nos termos do art. 54º do Decreto-Lei nº 275/93, de 5 de Agosto, extraia certidão de todo o processado (este despacho incluído) e remeta à Direcção-Geral do Turismo, entidade a quem compete a organização e instrução dos processos atinentes a tais ilícitos (art. 58º do cit. Decreto-Lei).

Presente o determinado pela Circular nº 3/94 - P.G.R., de 15 de Março, remeta-se expeditamente ao Gabinete de Sua Excelência o Conselheiro Procurador-Geral da República cópia de todo o presente despacho final.

De igual modo ao Excelentíssimo Senhor Procurador da República neste Círculo Judicial, a coberto do ofício que redigi e que em mão lhe entrego para que o dactilografe.

Mangualde, 23 de Março de 1998

O magistrado do Ministério Público

⁸ Suposta, naturalmente, a validade do negócio constitutivo...

⁹ Cfr art.ºs 12º e ss. do Decreto-Lei nº 275/93.

¹⁰ Posto que resulta da lei...

¹¹ Mau grado o método!...

2º CASO PRÁTICO**9º Juízo Cível da Comarca de Lisboa**

1ª Secção

Acção Ordinária nº .../95

C..., SA, com sede em Lisboa, no ..., intentou a presente acção declarativa de condenação com processo ordinário contra Y, residente na R. ..., Guimarães, pedindo seja o R. condenado a pagar-lhe a quantia de 96.168\$00 correspondente à indemnização de acordo com a cláusula 16ª. do contrato e juros e a restituir o equipamento fornecido pela A.

Alega em síntese que celebrou com o R. um contrato de locação financeira tendo o R. deixado de efectuar o pagamento das mensalidades como se obrigara, o que levou a A. a resolver o referido contrato.

Pessoal e regularmente citada o R. contestou fora de prazo pelo que foi ordenado o desentranhamento da contestação. Consideraram-se, assim, confessados os factos articulados pela A.

O Tribunal é competente em razão da nacionalidade, da matéria e da hierarquia.

Não se verificam nulidades que invalidem totalmente o processo.

As partes estão dotadas de personalidade e capacidade judiciárias e mostram-se legítimas.

Não se me afiguram existentes outras excepções dilatórias, nulidades parciais, excepções peremptórias ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito dos autos.

Consequentemente está provada toda a matéria de facto alegada e designadamente:

1. No exercício da sua actividade a A. celebrou com o R. o contrato de locação financeira que consta de fls. 6 e seguintes.
2. Foi estabelecido ao contrato um prazo de 36 meses, fixando-se o valor da renda mensal em 94.997\$00.
3. O R. deixou de efectuar o pagamento da renda vencida em 22/2/95.
5. O equipamento foi entregue ao Réu na data que consta do auto de recepção.
6. O contrato teve já o seu termo.

7. O contrato foi resolvido pela A. por falta de pagamento das rendas, por carta com AR recebida em 24/5/95.

Cumpra agora apreciar e decidir.

Da matéria de facto provada resulta que entre A. e R. foi celebrado um contrato de locação financeira, contrato que o R. deixou de cumprir motivo pelo qual a A. procedeu à resolução nos termos das cláusulas contratuais fixada pelas partes.

Uma vez que o contrato foi resolvido pela A. antes do termo da sua vigência, importa analisar quais as consequências emergentes da resolução quer face ao estipulado pelas partes no próprio contrato quer face às disposições que regulam o contrato de locação financeira, quer face ao normativos da lei civil que regulam o cumprimento e incumprimento das obrigações em geral.

De harmonia com o artº. 1º. do DL 171/79, de 6/6, que ainda é aplicável atenta a data de celebração do contrato, locação financeira é o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a conceder à outra o gozo temporário de uma coisa adquirida ou construída por indicação desta e que a mesma pode comprar, total ou parcialmente, num prazo convencional, mediante o pagamento de um preço determinado ou determinável, nos termos do próprio contrato.

Por outro lado, nos termos do artº. 26º. do citado DL, o contrato de locação financeira pode ser resolvido por qualquer das partes, nos termos gerais, com fundamento no incumprimento das obrigações que assistam à contraparte não sendo aplicáveis as normas especiais, constantes da lei civil relativas à locação.

Devido ao incumprimento do contrato por parte do R., a A. acabou por resolvê-lo em conformidade com o artº. 26º. do citado DL e nº. 1 do artº. 432º. do C. Civil.

Ora, os efeitos decorrentes dessa resolução são regulados pelas normas específicas da resolução dos contratos e pelos princípios gerais que o disciplinam. Daí que e em conformidade com o disposto no artº. 433º. do C Civil, que equipara a resolução à nulidade ou anulabilidade (cfr. artº. 289º C. Civil), tudo o que haja sido prestado deva ser restituído. Contudo, por força do disposto no artº 434º., nº.2 do C. Civil, entende-se que, como princípio, neste tipo de contrato e tal como sucede com o contrato de locação financeira, a resolução não abrange as prestações já efectuadas.

De facto não se verifica no caso dos autos um vínculo entre as prestações efectuadas e a causa de resolução de forma a legitimar a resolução de todas elas.

Tendo em conta os princípios gerais que disciplinam os contratos e do normativos que regulam o contrato de locação financeira, é de concluir que é de ter presente no contrato dos autos o princípio da autonomia das partes, isto é da liberdade contratual (artºs. 4º., 15º. e 26º. do DL 171/91). Só que no domínio da liberdade contratual a que se refere o artº. 405º. do C Civil, há que atender aos limites da lei e respeitar os ditames da boa fé, quer na celebração do contratos quer na aplicação dos mesmos.

Vejamos, pois se à A. assiste o direito de pedir, para além da restituição imediata do bem, a quantia de 94.997\$00, a título de indemnização, como se refere na cláusula 15ª,

ou se tal cláusula é nula por contrariar o disposto no artºs. 9º., nº .2, 12º., 16º e 19º. e) do DL nº. 446/85 de 25/10.

Neste contrato as partes clausularam que, havendo resolução do contrato, à A. assistia o direito de pedir, para além da restituição imediata do equipamento e das rendas vencidas e não pagas, uma indemnização.

Como refere A. Varela in "Das Obrigações em Geral", vol. II, pag 60, "sob a designação genérica de não cumprimento (...) cabem situações muito diferentes que importa distinguir e classificar, visto não ser o mesmo o regime jurídico que lhes compete".

No caso em apreço perante o incumprimento do contrato por parte do R., a A. preferiu resolver unilateralmente o contrato, quando lhe assistia igualmente o direito de reclamar daquele o seu integral cumprimento (artº. 406º do C. Civil). A A. agiu, pois, ao abrigo de uma cláusula resolutiva expressa inserta na clausula 15ª. do contrato e de harmonia com o disposto nos artºs. 432º. e 801º. do C Civil.

Resulta dos artºs. 798º e 799º do C. Civil que o devedor que falta culposamente ao cumprimento de uma obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor, incumbindo ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.

Por seu lado, o artº. 804º. do C. Civil refere que o devedor se constitui em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda que possível, não foi efectuada em tempo devido, constituindo-se o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor, sendo que o devedor fica constituído em mora depois de ter sido judicial ou extrajudicialmente interpelado para cumprir (artº. 805º. C. Civil).

O efeito fundamental do não cumprimento imputável ao devedor, consiste na obrigação de indemnizar os prejuízos causados ao credor. Trata-se de uma sanção que vale tanto para a falta de cumprimento "stricto sensu" como para a impossibilidade de cumprimento, imputável ao devedor, como para a própria "mora debitoris", de acordo com um conceito lato da falta de cumprimento.

Tais prejuízos englobam, naturalmente, tanto o dano emergente como o lucro cessante e são determinados em função dos danos concretamente sofridos pela credor (artº. 564º. C. Civil). O lucro cessante constitui todo o interesse contratual positivo resultando para o credor do cumprimento do contrato. O interesse positivo ou de cumprimento abrange não só o equivalente da prestação, como também a cobertura pecuniária dos prejuízos provenientes do incumprimento de modo a colocar-se o credor na situação em que estaria se a obrigação tivesse sido cumprida. O interesse positivo ou de cumprimento reporta-se à situação em que o credor se encontraria se não tivesse celebrado o contrato (vide A. Varela, ob. citada, pag. 90).

Com efeito, de harmonia com o artº. 801º nº. 2 do C. Civil, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro.

Segundo A. Varela, trata-se da indemnização do prejuízo que o credor teve com o facto de se celebrar o contrato, ou de outra forma, é o prejuízo que ele não sofreria se o contrato não tivesse sido celebrado (artº. 908º. do C. Civil).

Assim, desde que o credor opte pela resolução do contrato, como fez a A., não faz qualquer sentido exigir do devedor, ora R., o ressarcimento do benefício que naturalmente lhe traria a execução do negócio. Com esta posição pretende a A. exonerar-se da obrigação que assumiu e a reposição do seu património no estado em que se encontrava se não tivesse celebrado o contrato

É certo que o artº. 810º. nº.1 do C. Civil consagra que as partes podem fixar por acordo o montante da indemnização que o credor pode exigir ao devedor no caso de ele não cumprir a sua prestação ou se constituir em mora. Estamos perante uma cláusula penal.

Aceita-se que a cláusula penal visa constituir um reforço (um agravamento) da indemnização devida pelo obrigado faltoso, uma sanção calculadamente superior à que resultaria da lei, para estimular o devedor no cumprimento, em determinados casos. A cláusula penal representa, pois, um "mais" em relação à indemnização normal, para que o devedor seja menos tentado a faltar ao cumprimento das cláusulas contratuais, aproximando-se dos efeitos cominatórios repressivo e punitivo da ciência criminal e afastando-se do instituto da responsabilidade civil.

Nas obrigações pecuniárias a indemnização corresponde aos juros a contar do dia da constituição em mora (artº. 806º. do C. Civil).

Atento o acima referido e os normativos citados somos levados a concluir que, perante a resolução do contrato dos autos, não é lícito à A. pedir a indemnização em causa.

Como atrás se disse a opção feita pela A. de resolução do contrato demonstra que esta pretendeu exonerar-se das obrigações que assumiu e repor o seu património no estado em que se encontrava caso o contrato não tivesse sido celebrado (vide Ac. R.L. de 27/2/92, in CJ 1992, Tomo I, pag. 172).

No entanto, constata-se que o R. deixou por pagar a renda vencida em 22/2/95 no valor de 94.997\$00, pelo que tem a A. direito ao pagamento desta porque vencida antes da resolução do contrato acrescida de juros desde esse vencimento e até pagamento.

O artº 801º, nº 2 do C. Civil, além de permitir ao credor resolver o contrato, concede-lhe o direito à indemnização resultante da falta de cumprimento. O montante dessa indemnização deve, porém, ser enquadrado à luz dos princípios expressos nos artºs 798º, 804º, nºs 1 e 2, 806º, nºs 1 e 2 e 810º. nº 1 do C. Civil.

A cláusula 15ª do contrato, quanto à matéria em apreço, nada tem a ver com os prejuízos concretos realmente sofridos pela locadora e a cláusula penal em questão não se enquadra no âmbito previsto no nº. 1 do artº. 810º. do C Civil e não pode representar o montante da indemnização exigível.

A A. ao resolver o contrato pretendeu acabar com as suas obrigações futuras.

Com a extinção do contrato a A. deixou de ter fundamento para reclamar pagamento de rendas vencidas e da amortização do custo do equipamento fornecido, mesmo de forma parcelar e ainda com juros moratórios contados desde a resolução do contrato, isto é, antes das datas em que os vencimentos deveriam ocorrer. Estava-se aqui a atender a lucros cessantes vedados, quando a resolução do contrato é por vontade do credor.

O credor acabou com as suas obrigações e exigia do devedor que as continuasse a cumprir, não obstante a destruição do contrato, o que não pode ser considerado razoável. Não se encontra por isso qualquer cobertura legal para sustentar a mesma nem sequer a título de compensação pelo risco que o locador suporta ocorrendo incumprimento do locatário.

É certo que o locador ao celebrar o contrato corre o risco de receber equipamento locado bastante desgastado, obsoleto, que o torna insusceptível de ser negociado. Só que nesses contratos tal risco tem de ser previsto. Assim é que nos ditos contratos a renda estabelecida se destina a cobrir a amortização do bem locado, a retribuição pela sua utilização e a remuneração do risco suportado pelo locador (vide "Leasing e Locação Financeira", de Maria Tereza Faria, in Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, pag. 588 e "A Locação Financeira" de Moitinho de Almeida, in BMJ 231, pag. 18).

A mencionada cláusula não pode ignorar os interesses visados pelo artºs. 798º e 801º. nº.2 do C. Civil e não pode estabelecer uma indemnização por prejuízos não apurados e a título de lucros cessantes.

Consequentemente julga-se nula a cláusula penal inserta no nº. 15 do contrato dos autos porque proibida, atento o disposto nos artºs. 12º, 19º, e) e 21º do DL 446/85 de 25/10.

Mas tem a A. direito à quantia peticionada por corresponder ao valor da renda vencida antes da resolução do contrato, acrescida dos juros desde a data do vencimento e até integral pagamento.

Mais pede a locadora que seja o R. condenada a pagar-lhe a indemnização devida com a recuperação do equipamento, desmontagem e montagem, transporte e seguro e outras despesas extrajudiciais e judiciais, a liquidar em execução de sentença.

Tem a A. direito, efectivamente ao pagamento desta indemnização, na medida em que decorra do incumprimento do contrato.

Pelo exposto e decidindo, embora com fundamento diverso no que concerne ao valor peticionado, julga-se a presente acção procedente por provada e consequentemente condeno o R. a pagar à A. a quantia de 96.168\$00, relativa a aluguer vencido e em dívida até ao termo do contrato, acrescida dos juros vencidos e vincendos desde a data do vencimentos da prestação em dívida até integral pagamento, à taxa legal.

Mais condeno o R. a pagar à A. a quantia a liquidar em execução de sentença relativa a despesas que a A. tiver com a desmontagem, transportes do equipamento e outras decorrentes da resolução do contrato.

Mais vai o R. condenado a restituir o equipamento objecto de locação financeira à A.

Custas pelo R..

Registe e notifique.

Lisboa, 14 de Junho de 1996

Interesses Difusos

3.º CASO PRÁTICO

Tribunal Cível da Comarca de Lisboa

Acção inibitória do uso de cláusulas abusivas em contrato pré-elaborado proposta pelo Ministério Público nos Juízos Cíveis da Comarca de Lisboa contra "O, Lda."

Em causa estão cláusulas que:

- a) certificam que o adquirente ficou ciente dos aspectos jurídicos e das questões materiais decorrentes do contrato, de forma a impedi-lo de, futuramente, invocar a invalidade de alguma das suas cláusulas;
- b) estabelecem um período muito longo de vigência do contrato, atendendo ao objecto e à natureza do produto comercializado;
- c) atribuem competência exclusiva à comarca de Lisboa para as acções judiciais decorrentes do contrato.

Interesses Difusos

PROCURADORIA DA REPÚBLICA DA COMARCA DE LISBOA**Juízos Cíveis**

Tiveram os presentes autos origem em exposição dirigida ao Ministério Público por parte da Associação de Consumidores de Portugal em Coimbra, submetendo-nos para apreciação um exemplar de um contrato-tipo, através do qual a firma "O, Ld", comercializa cartões turísticos, denominados títulos V. T., tendo em vista os Decretos-Lei nºs 275/93, de 5 de Agosto, e 272/87, de 3/7 e o disposto no Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei nº 220/95, de 31 de Agosto.

O contrato inicialmente remetido pela referida associação de consumidores foi entretanto objecto de ligeiras alterações no seu clausulado pela "O", a qual utiliza actualmente o contrato constante de fls. 40 e segs.

Como resulta de ambos os contratos, a predisponente comercializa cartões turísticos que identifica com a denominação "Título V-T", através dos quais os seus clientes ou beneficiários acedem à utilização, essencialmente, de "Serviços de férias" (estadia em apartamentos e hotéis, por ex.), através de uma rede de instalações hoteleiras e similares e de uma agência de viagens e turismo de que aquela dispõe, mediante o pagamento a preços inferiores ao do mercado e reserva antecipada.

Também dispõem os "adquirentes" do cartão da possibilidade de acederem, segundo "condições especiais, a serviços ou programas organizados de viagens...", "de acordo com estipulado na lei, para as agências de viagens".

Deste modo, o clausulado nos contratos restringe-se à emissão e comercialização de cartões turísticos, os quais dão direito a descontos em determinadas unidades hoteleiras, actividade que se encontra em consonância com o objecto da Sociedade "O", constante do registo comercial (fls. 4, 40 e v. e 9 e segs.).

Os contratos-tipo em apreço não se encontram, portanto, como vem sugerido, sujeitos à disciplina do Decreto-Lei nº 275/93, de 5 de Agosto, diploma que regula a "aquisição" do direito real de habitação periódica e que não encontra correspondência na matéria clausulada e objecto dos referidos contratos, o qual tem natureza obrigacional e não real.

Não se pode, assim, concordar com a referida associação de consumidores quando afirma que o contrato-tipo em questão foi celebrado *contra legem*, em particular a cláusula 9 que corresponde *ipsis verbis* à actual cláusula 2.2. 1.0.

Refere igualmente a entidade participante que a "O" comercializa os cartões turísticos através da interpelação dos transeuntes, em plenas áreas de acesso aos estabelecimentos nas grandes superfícies, ou mediante a utilização da via telefónica, aliciando os consumidores com prémios.

Por esses factos considera que as cláusulas 27.1 e 27.2 (que na nova redacção do contrato correspondem às cláusulas 2.2.28.1 e 2.2.28. 1.1.) contrariam os artºs 3º a 5º do Decreto-Lei nº 272/87, de 3 de Julho, diploma que regulamenta as vendas ao domicílio e por correspondência.

A situação exposta só casuisticamente poderá ocorrer, não podendo ser invocada na acção inibitória a propor, quer nos termos do citado diploma das cláusulas contratuais gerais, quer nos termos do artº 10º, nº 1, al. c), da Lei nº 24/96, de 31 de

Julho, a não ser quando se demonstre concretamente estarem em causa interesses individuais homogêneos, colectivos ou difusos.

Não basta comunicar ao Ministério Público a situação e alegar que a mesma é do conhecimento público, sendo necessário demonstrá-la, designadamente através de sucessivas participações de elevado número de consumidores que pudessem testemunhar a matéria em julgamento.

Não dispomos de elementos probatórios para sustentar os factos em juízo, já que não foram indicados quaisquer meios de prova pela entidade participante.

Todavia, nada impede que o próprio consumidor, nos termos gerais do direito civil, possa vir a invocar a nulidade de tais cláusulas, fundamentando-se no circunstancialismo em que a elas aderiu, ou, de conformidade com a Lei nº 24/96, de 31 de Julho, actuar em defesa dos seus próprios interesses directamente lesados.

Face ao exposto, quanto a esta parte, arquivem-se os autos.

Atento o preceituado no artº 24º do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei nº 220/95, de 31 de Agosto só as cláusulas contratuais gerais para utilização futura podem ser objecto da acção inibitória.

Assim, e uma vez que o contrato-tipo inicialmente junto aos autos já foi substituído pelo constante de fls. 40 a 41, no articulado que se elaborou faremos apelo, apenas, a este último contrato.

Junte o projecto de articulado ao P.A. e apresente os autos à apreciação do Exmº Sr. Procurador da República.

Documentos a juntar, substituindo-os previamente por fotocópia:

Nº 1- fls. 7 a 12;

Nº 2 - fls. 40 a 41.

Remeta oportunamente cópia do antecedente despacho, bem como da P.I. à Procuradoria Geral da República, com referência à circular nº 3/94, de 15 de Março.

Ex.mo Senhor
Juiz de Direito
do Tribunal Cível da Comarca de Lisboa

O Ministério Público vem, ao abrigo do disposto no artigo 26º, nº 1, al. c) do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 220/95, de 31 de Agosto, propor acção declarativa, com processo sumário, contra:

O., LDª, com sede na Rua ..., em Lisboa,

nos termos e com os fundamentos seguintes:

1º

A Ré é uma sociedade cujo objecto social compreende a comercialização de cartões turísticos - Doc. nº 1.

2º

No exercício dessa actividade a Ré tem vindo a celebrar, em Portugal, com múltiplos cidadãos, contratos denominados de "venda de títulos V. T.", usando para os formalizar um contrato, como o que se junta, a título exemplificativo, sob Doc. 2, e se dá aqui como reproduzido.

3º

Mediante a compra do cartão turístico e o pagamento anual de uma importância, o cliente acede, com determinados descontos, à utilização de "serviços de férias", através de uma "rede de instalações hoteleiras e similares" e de uma "agência de viagens e turismo" - Doc. nº 2.

4º

As cláusulas insertas em tal contrato foram pela Ré previamente elaboradas e apresentadas, já impressas, aos interessados.

5º

Sendo que a estes apenas é concedido aceitar, ou não, as cláusulas gerais nele insertas, estando-lhes vedado, através de negociação, alterá-las por qualquer forma.

6º

Esses contratos-tipo destinam-se, ainda, a ser utilizados pela Ré em contratações futuras com quaisquer interessados.

7º

Sucedee que a Ré vem utilizando nos contratos em causa, alegadamente de venda, cláusulas cujo uso é proibido por lei.

8º

É o caso, das cláusulas 2.1, 2.2.1. e 2.4 do contrato - impresso junto como doc. nº 2.

9º

Com efeito, na cláusula 2.1 dispõe-se que "O objecto do contrato é a venda pelo 1º Outorgante ... ao 2º Outorgante, também denominado titular do título V. T., com o consequente direito de utilização, por este e pelos beneficiários... dos benefícios principais e acessórios, devidamente discriminados, *cujo significado e alcance o titular expressamente declara que lhe foram explicados, de forma a não ficarem no seu espírito quaisquer dúvidas, não havendo no título quaisquer ambiguidades susceptíveis de afectar a plena validade do contrato*".

10º

Tal cláusula é absolutamente proibida por violar o disposto no artº 21º, al. e) do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei 220/95, de 31 de Agosto.

11º

Na verdade, em tal cláusula, certifica-se que o segundo outorgante ficou perfeitamente ciente dos aspectos jurídicos e das questões materiais decorrentes do contrato, de forma a impedi-lo de futuramente invocar a invalidade de qualquer uma das suas cláusulas.

12º

A cláusula 2.2. 1. estabelece que "O título V. T. é válido por um período de 20 anos, renovável por iguais e sucessivos períodos de tempo..."

13º

Tal cláusula é relativamente proibida por violar o disposto no artº 22º al. a) do citado Decreto-Lei nº 446/85.

14º

Com efeito, um período de vigência do contrato por vinte anos é muito longo, atendendo ao seu objecto e à natureza dos produtos comercializados,

15º

Implicando para o cliente um sacrifício patrimonial certo em vista de atribuição futura incerta, e uma vez que a empresa pode não durar até ao final do prazo fixado.

16º

A cláusula 2.4 é também relativamente proibida por violar o preceituado no artº 19º, al. g), do citado Decreto-Lei nº 446/85, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei 220/95, de 31 de Agosto.

17º

Em tal cláusula predispõe-se que "Para toda e qualquer questão emergente do presente contrato é competente o foro da comarca de Lisboa com expressa renúncia a qualquer outro".

18º

A atribuição da competência exclusiva da comarca de Lisboa é susceptível de envolver graves inconvenientes para os aderentes domiciliados fora da área de Lisboa, sobretudo nas mais longínquas, nos casos em que estes pretendam agir contra a Ré.

19º

Porquanto determina para o cliente a necessidade de se deslocar a esta cidade, com as despesas e inconvenientes daí resultantes.

20º

Na verdade, ou obtém um advogado da área da comarca, ou, não o fazendo, a deslocação de um advogado da sua área de residência a Lisboa, em diversas fases processuais, implica seguramente um aumento significativo de despesas de patrocínio.

21º

Por outro lado, se a acção vier a seguir, nomeadamente, sob a forma de processo sumaríssimo, a obrigatoriedade de apresentação de testemunhas em juízo, traduzir-se-á num aumento dos custos com as respectivas deslocações e alojamento.

22º

Tais inconvenientes não se verificam para a Ré, na medida em que, tratando-se de uma empresa, dispõe de maiores recursos financeiros e humanos para o efeito e possui serviço de contencioso próprio.

23º

As referidas cláusulas são, assim, proibidas

Nestes termos e nos mais de direito, deve a presente acção ser julgada procedente, por provada, e, em consequência:

1. Condenar-se a Ré a abster-se de utilizar as cláusulas contratuais gerais supra referidas em todos os contratos que de futuro venha a celebrar com os seus clientes, especificando-se na sentença o âmbito de tal proibição (artº 30º., nº 1, do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro);

2. Condenar-se a Ré a dar publicidade a essa proibição, e a comprová-la nos autos, em prazo a determinar na sentença, sugerindo-se que tal seja efectuado em anúncio a publicar em dois dos jornais diários de maior tiragem editados em Lisboa e no Porto, durante três dias consecutivos (artigo 30º , nº 2, do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro);

3. Dar-se cumprimento ao disposto no artigo 34º do aludido diploma, remetendo-se ao Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça certidão da sentença, para os efeitos previstos na Portaria nº 1093/95 de 6 de Setembro.

Valor: 2.000.001\$00 (dois milhões e um escudos).

Junta: dois documentos e duplicados legais.

Lisboa, 23 de Setembro de 1998

A magistrada do Ministério Público

4.º CASO PRÁTICO

Tribunal da Relação do Porto

Em acção, com processo sumário, que correu termos no Tribunal Judicial de Moimenta da Beira, foi julgada procedente a excepção de incompetência territorial suscitada pela Ré seguradora na contestação.

O A. (segurado), inconformado, recorreu para o Tribunal da Relação do Porto, alegando:

a) A apólice de seguro constitui um contrato de adesão e o autor não aceitou a cláusula de modificação da competência territorial do tribunal para efeito de conhecer de quaisquer indemnizações nem a ré não explicou ao autor o conteúdo e alcance de tal cláusula, pelo que se trata de cláusula nula. (art.ºs 1.º e segs. do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro);

b) O contrato de seguro foi celebrado em Moimenta da Beira, local onde os prémios são pagos, onde ocorreu o facto gerador de responsabilidade e onde se encontra o objecto do seguro, pelo que, nos termos do art.º 74.º do Código de Processo Civil, é este o Tribunal competente e não o de Lisboa.

O acórdão do Tribunal da Relação do Porto deu razão ao A., concluindo que a cláusula do **contrato de** seguro que estipule como foro competente o da "emissão da apólice", sem elucidar o aderente, no acto da proposta de seguro, onde será emitida essa apólice, para se saber, concretamente e com precisão, qual o tribunal competente, é nula, por não preencher os requisitos do n.º 2 do art.º 100.º do Código de Processo Civil.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

Proc. /97 (5ª Secção)

Nº

Acordam no Tribunal da Relação do Porto:

Na acção com processo sumário que corre seus termos no Tribunal de Moimenta da Beira, por decisão de 13-06-97 foi julgada procedente a excepção de incompetência territorial que a ré “P., Companhia de Seguros” levantou na contestação.

Inconformado com tal decisão o A. (...) agravou e nas alegações apresentou as seguintes conclusões:

1ª A apólice de seguro constitui um contrato de adesão e o autor não aceitou a cláusula de modificação da competência territorial do tribunal para efeito de conhecer de quaisquer indemnizações, e a ré não explicou ao autor o conteúdo e alcance de tal cláusula, pelo que se trata de cláusula nula. (artºs 1º e segs. do Decreto-Lei 446/85 de 25 de Outubro).

2ª O contrato de seguro foi celebrado em Moimenta da Beira, os prémios são pagos em Moimenta da Beira, o facto gerador de responsabilidade ocorreu em Moimenta da Beira e o objecto do seguro está em Moimenta da Beira pelo que nos termos do artº 74º do Código de Processo Civil, é este o Tribunal competente e não o de Lisboa.

3ª Por outro lado ainda, o douto despacho a enviar o processo para o Tribunal de Lisboa ofende claramente a letra e o espírito do artº 345º do Código Civil.

Pede a revogação do despacho.

Em contra alegações a R. pugna pela confirmação do despacho recorrido.

O Mº Juiz sustentou a sua decisão. (fls.60).

Colhidos os vistos, cumpre decidir.

Factos com interesse para a decisão do recurso:

1º A Apólice 34/002229 de Seguro Multi-Risco - Habitação refere entre outras coisas, o seguinte:

- a) SEGURADO: (...), Sanfins, 3620 Moimenta da Beira.
- b) LOCAL DE COBRANÇA – Sanfins.
- c) LOCAL DO RISCO - Passo Ferreiro - Moimenta da Beira.
- d) EMITIDA de acordo com a proposta em poder da Companhia.
- e) SEGURADO DECLARA QUE RECEBEU UM EXEMPLAR DAS CONDIÇÕES GERAIS MOD. 1046 E DO ANEXO B "PROTECÇÃO ROUBO 2" MOD.1095.

f) Lisboa, 30 de Setembro 1993. O segurado

2º Valor dado à acção foi de 812.000\$00.

3º A R, com vista a uma proposta amigável, ofereceu a indemnização de 125.000\$00 (fls. 10).

4º CONDIÇÕES GERAIS: consta a fls. 39.v. Artº 35º - FORO. "O foro competente para qualquer acção emergente deste contrato é o do local da emissão da apólice".

O DIREITO

Nos termos dos artigos 684º, nº 3 e 690º, nº 1 do Código de Processo Civil, o objecto e âmbito do recurso são delimitados pelas conclusões do recorrente, o que tem sido entendido duma maneira geral, pela Doutrina e Jurisprudência.(BMJ. 361º - 488).

A única questão a decidir consiste em saber se aquele artº 35º das condições gerais, na interpretação que lhe foi dada na decisão, é nulo.

Diz-se no preâmbulo do Decreto-Lei nº 446/85 de 25 de Outubro:

Constitui a liberdade contratual um dos princípios básicos do direito privado. Na sua plena acepção, ela postula negociações preliminares íntegras, ao fim das quais as partes, tendo ponderado os respectivos interesses e os diversos meios de os prosseguir, assumem, com discernimento e liberdade, determinadas estipulações.

Dentro da visão clássica da autonomia contratual, os grandes obstáculos à sua efectivação residiam na ausência concreta de discernimento ou de liberdade, a respeito da celebração, ou, ainda, na presença de divergências entre a vontade real e a vontade declarada.

As cláusulas contratuais gerais surgem como um instituto à sombra da liberdade contratual. Numa perspectiva jurídica, ninguém é obrigado a aderir a esquemas negociais de antemão fixados para uma série indefinida de relações concretas. E fazendo-o, exerce uma autonomia que o direito reconhece e tutela.

A realidade pode, todavia, ser diversa. Motivos de celeridade e de precisão, a existência de monopólios e oligopólios e outras formas de concertação entre empresas, aliados à mera impossibilidade, por parte dos destinatários, de um conhecimento de todas as implicações dos textos a que adiram, ou as hipóteses alternativas que de tal adesão comporte, tomam viáveis situações abusivas e inconvenientes. O problema da correcção das cláusulas contratuais gerais adquiriu, pois, uma flagrante premência. Convirá, no entanto, reconduzi-lo às suas autênticas dimensões.

Apresentam-se as cláusulas contratuais gerais como algo de necessário, que resulta das características e amplitude das sociedades modernas. Em última análise, as padronizações negociais favorecem o dinamismo do tráfico jurídico, conduzido a uma racionalização ou normalização e a urna eficácia benéficas aos próprios consumidores. Mas não deve esquecer-se que o predisponente pode derivar do sistema certas vantagens que signifiquem restrições, despesas ou encargos menos razoáveis ou iníquos para os particulares.

Quem utiliza as cláusulas deve, por força do nº 1 do artº 6º do Decreto-Lei nº 446/85, além de comunicar o respectivo conteúdo, informar o aderente do seu significado e das suas implicações. A intensidade e o modo de executar esse dever dependem das particularidades do caso concreto, tendo em conta, nos termos gerais, as necessidades sentidas por um aderente normal, colocado na situação considerada.

Acrescenta o nº 2 que incumbe, ainda, ao que se prevalece das cláusulas contratuais gerais prestar todos os esclarecimentos razoáveis que lhe sejam solicitados. Excluem-se, assim, mais uma vez, as dúvidas injustificadas ou espinhosas do aderente.

O A., na resposta à contestação, alega que a cláusula sobre a competência dos tribunais constante da apólice é nula, pela simples razão que não lhe foi lida nem

explicada e nunca teria aceitado discutir em Lisboa os danos dum contrato celebrado em Moimenta da Beira, tendo os danos ocorrido em Sanfins - Moimenta da Beira.

Entendemos que tem toda a razão, não se podendo interpretar o artº 100º da forma literal como se faz na decisão recorrida.

Com efeito, o artº 35º das Cláusulas Gerais induz em erro qualquer normal destinatário ao não estipular o foro competente de maneira expressa - v.g. Lisboa, Porto, etc. - o que evitaria qualquer confusão e nessa altura a decisão não mereceria qualquer censura.

Falando em "local de emissão da apólice" não cuidou de acautelar as dúvidas que um normal aderente tem em distinguir aquele local com o local onde foi contactado pela R. ou seus agentes, assinou a proposta de seguro, recebe toda a documentação, incluindo a apólice, e paga os prémios.

Para um aderente normal não é exigível depois de assinar uma proposta de seguro em Moimenta da Beira que aceite de bom grado ir discutir em Lisboa qualquer indemnização, porque as partes não chegaram a um acordo e tiveram de recorrer aos tribunais. Ora, o Tribunal de Lisboa nem foi referido nas negociações preliminares nem consta da própria apólice.

Aquela cláusula, para não induzir o aderente em erro tem de ser devidamente explicada. Caso contrário, é nítido o intuito de aproveitamento dos aderentes normais, sem conhecimentos específicos do significado exacto da expressão "emissão da apólice", que a generalidade dos aderentes confunde com o local da assinatura da proposta de seguro ou do pagamento dos respectivos prémios.

No caso *sub judice*, se é evidente que a seguradora estudou de antemão qual o local que lhe convém para dirimir os conflitos resultantes do contrato de seguro celebrado, - pois as cláusulas de um contrato de adesão não são formuladas de ânimo leve! - também é evidente que expressou de forma ambígua tal conveniência, com graves prejuízos para os aderentes distantes dos locais da emissão das apólices.

Por outro lado, o aderente ao assinar a proposta de seguro não sabe em que local vai ser emitida a apólice, sendo esse elemento fundamental para uma aceitação do seguro consciente e sem gastos inesperados.

A agravada não refutou a alegação de que não explicou a cláusula nº 35º supra referida, refugiando-se apenas na entrega de um exemplar "Das condições gerais mod. 1046 e do anexo B". Porém, a simples entrega não pode ter como consequência apanhar de surpresa o aderente.

Mesmo que se entenda que o Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, não tem aplicação à apólice aqui em causa, não podemos esquecer o artº 100º nº 2 do Código de Processo Civil - Ac. R.C, de 26.10.82, CJ 1982, 4º - 67 que nos diz:

"A cláusula do contrato de seguro que estabelece ser competente para qualquer acção emergente daquele contrato o foro do local da emissão da apólice não preenche os requisitos do nº 2 do artº 100º do Código de Processo Civil, por não especificar concretamente as questões a que se refere nem designar o Tribunal com precisão."

Por esse motivo, não tendo a agravada alegado e provado que a aderente foi devidamente elucidada daquela cláusula 35º, quanto à designação do tribunal com precisão, esta cláusula é nula, sendo pertinentes as conclusões 1ª e 2ª da recorrente, sendo certo, que a conclusão 3ª não tem aqui aplicação.

Em conclusão, a cláusula do contrato de seguro que estipule como foro competente o da "emissão da apólice" sem elucidar o aderente, no acto da proposta de seguro, onde será emitida essa apólice, para se saber concretamente e com precisão qual o tribunal competente, é nula, por não preencher os requisitos do nº 2 do artº 100º do Código de Processo Civil

Em face de tal nulidade passam a reger os princípios gerais, pelo que é competente o Tribunal de Moimenta da Beira.

Nestes termos, acorda-se em revogar o despacho recorrido, que deverá ser substituído por outro que julgue improcedente a invocada exceção de incompetência territorial, com custas do incidente a cargo da Ré, seguindo-se os ulteriores termos processuais.

Custas pela agravada.

Porto, 12 de Maio de 1998

Relator:

Interesses Difusos

5.º CASO PRÁTICO

Comarca de Santa Cruz da Madeira

Inquérito iniciado com denúncia que dava conta de poluição na água das nascentes, no curso de água e respectivos afluentes no Sítio do Ribeiro Serrão, Camacha. Na perspectiva do denunciante, a poluição era resultado da deslocação de resíduos sólidos da Estação de Tratamento da Meia Serra.

Verificou-se que a Administração, não obstante alguns dos valores se encontrarem acima dos permitidos, não iniciou qualquer procedimento, designadamente o previsto no n.º 3 do art.º 279.º do Código Penal.

Concluindo no sentido de que o preenchimento do tipo de crime de poluição está dependente de prévia actuação da Administração, a qual não se verificou, o Ministério Público determinou o arquivamento do inquérito.

Interesses Difusos

TRIBUNAL JUDICIAL DE SANTA CRUZ MADEIRA**SERVIÇOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Tiveram os presentes autos início na denúncia de fls. 1, na qual a "J." dava conhecimento de factos susceptíveis de integrar, em abstracto, a prática de um crime de poluição, p. e p. pelo artigo 279º, nº 1, al. a), do Código Penal, imputando-os aos responsáveis pela sociedade concessionária da Estação de Tratamento de Resíduos Sólidos Urbanos da Meia Serra, sita no Sítio do Ribeiro Serrão, Camacha.

Realizado o inquérito, desde já se afirma terem sido reunidos indícios suficientes de que não foi praticado tal crime, nem outros factos susceptíveis de censura penal.

Afirma o denunciante que, tendo causa na Central de Tratamento de Lixo, a água que brota das nascentes tem teores de poluição que nem para a agricultura serve, o ar torna-se insuportável e o Ribeiro Serrão e os seus afluentes encontram-se repletos de lixo.

Ouvido a fls. 30, (...), na qualidade de representante de "Hidurbe-Recolha, e Tratamento de Lixos, A. C. E.", concessionária daquele serviço, confirma a deslocação de resíduos sólidos (lixo) para o exterior da Estação, o que teria tido causa nas fortes chuvas ocorridas em Junho/Julho de 1996.

Ouvido, de novo, a fls. 220 e 221, aquando de inspecção ao local, explicou o sistema do aterro como sendo composto por camadas alternadas de resíduos sólidos e terra, colocados sobre o solo impermeabilizado, sendo que as águas lixiviantes resultantes da decomposição do lixo, escorrem até canais de condução, sendo descarregadas no topo do aterro, para que a água se evapore e os sólidos fiquem retidos.

Ouvido a fls. 57, D., Director Regional do Saneamento Básico, afirmou ter tido conhecimento da factualidade denunciada, na sequência da qual foram efectuadas análises às nascentes e cursos de água que contornam o maciço onde está implantada a estação, não tendo sido detectada qualquer contaminação das mesmas com origem no aterro.

Mais esclareceu que o deslocamento de resíduos sólidos ocorreu por ocasião de chuvas com intensidade acima do normal.

Afirma igualmente que a estação começou a operar em 1991, cumprindo as normas de impermeabilização dos solos.

(...), que à data era Presidente da Junta de Freguesia da Camacha, ouvido a fls. 62, afirma ter constatado que do aterro caíam detritos pelas encostas e que as águas lixiviantes escorriam para a ribeira vizinha acrescentando que o serviço solicitado à estação é superior à sua capacidade de resposta.

Esclarece ainda que tal situação se agudizava quando chovia.

Conforme se alcança do expediente de fls. 81 e seguintes, remetido pela Direcção Regional do Saneamento Básico, da Secretaria Regional do Equipamento Social e Ambiente, entidade competente para a fiscalização da ETRSU, pela factualidade participada não foi desencadeado qualquer procedimento administrativo que não a realização de análises bacteriológicas, físico-químicas e de metais às águas envolventes.

Os relatórios de tais análises, juntos a fls. 83 a 115, não faziam qualquer referência ou apreciação quanto aos valores detectados estarem ou não contidos dentro dos parâmetros legais, que são os definidos no Decreto-Lei nº 74/90, de 7 de Março.

Mais esclarecedores são os relatórios das mesmas análises realizadas pelo Instituto de Desenvolvimento e Inovação Tecnológica (Núcleo de Estudos de Poluição), solicitadas pela "Hidurbeprima" após os factos denunciados (cfr. fls. 116 a 216), igualmente remetidos pela Direcção Regional do Saneamento Básico.

Dos relatórios das análises realizadas em Outubro de 1996, Janeiro, Abril, Junho, Setembro e Novembro de 1997 e Janeiro de 1998, constata-se que:

1º A generalidade dos parâmetros analisados está dentro dos valores máximos recomendados e dos valores máximos admitidos para a qualidade das águas doces superficiais destinadas à produção de água para consumo humano e para a qualidade mínima das águas doces superficiais sem utilização específica, sendo que os desvios em relação a esses valores não são graves;

2º A caracterização das águas lixivantes, de acordo com os valores, máximos admitidos para a sua descarga directa em meio hídrico, demonstra que alguns dos parâmetros analisados estão, de uma forma constante, acima daqueles valores.

As diligências investigatórias realizadas, permitem identificar dois tipos de poluição. Um deles é o que resulta do acumular de resíduos sólidos nas zonas adjacentes à Estação. O segundo é o que resulta da contaminação das nascentes e linhas de água adjacentes à mesma, tendo, eventualmente, causa na actividade da Estação.

No entanto, desde logo, ressalta uma outra circunstância. É o facto de qualquer das situações não ter desencadeado qualquer reacção por parte da entidade administrativa que fiscaliza a actividade da ETRSU, ou seja, a Direcção Regional do Saneamento Básico, pelo que os infractores não foram advertidos de que a situação contrariava prescrições legais e regulamentares, nem de que a respectiva conduta é punível.

Nos termos do artigo 279º, nº 1, al. a), do Código Penal, comete o crime de poluição quem, em medida inadmissível, poluir águas ou solos ou, por qualquer forma, degradar as suas qualidades.

Por seu turno, dispõe o nº 3 do mesmo artigo que "a poluição ocorre em medida inadmissível sempre que a natureza ou os valores da emissão ou imissão poluentes contrariem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com disposições legais ou regulamentares e sob cominação de aplicação das penas previstas neste artigo".

Coloca-se-nos, portanto, a questão de saber se o tipo de crime do artigo 279º, nº 1, fica preenchido com a existência de uma conduta poluidora, dolosa, sendo o conceito indeterminado "medida inadmissível" susceptível de integração sem recurso aos critérios contidos no nº 3. Ou se, pelo contrário, a verificação, em concreto, das circunstâncias aqui enunciadas é indispensável à tipificação das condutas.

Somos de entendimento que o tipo de crime enunciado no artigo 279º, nº 1 do Código Penal, não é susceptível de integração sem que estejam verificadas as circunstâncias previstas no nº 3.

A conduta criminalizada (poluir) comporta em si mesma duas vertentes: uma é a própria acção de poluir e outra é o resultado de tal acção.

Na sua primeira acepção, a poluição pode nem constituir um perigo para os "tradicionais" bens jurídicos, vida, integridade física, património, etc., sendo certo que, constitui já um resultado danoso para o bem jurídico ambiente. O dano ambiental não pressupõe, portanto, a verificação de um perigo ou de um resultado danoso no sentido tradicional.

Assim sendo, o conceito "medida inadmissível" pode tomar-se, por si só, indeterminadíssimo. Daí o recurso pelo legislador à enunciação de circunstâncias que o tomem susceptível de concretização - o nº 3 do artigo 279º.

Sem tal concretização, face à abrangência do próprio conceito de poluição, uma interpretação meramente casuística do que seja "poluição em medida inadmissível" poderia conduzir a resultados perniciosos.

Segundo o Prof Figueiredo Dias, citado in *Código Penal Anotado*, 2º Vol., Manuel Leal Henriques e Simas Santos, p. 867, os crimes contra o ambiente deverão ser não apenas de resultado (eventualmente danoso), mas simultaneamente crimes de dever (de desobediência), ou seja, não devem apenas tomar como base uma conduta lesiva para um componente ambiental, mas igualmente penalizá-la na medida em que um regulamento ou uma ordem emanados da Administração são violados.

Na mesma linha de raciocínio, Souto Moura defende que nem toda a poluição constitui crime, pois a "medida inadmissível" prevista no nº 1 do preceito não tem que ver com aspectos quantitativos, mas com a inobservância de prescrições impostas por agentes da Administração (citado in *Código Penal Anotado*, 2º Vol. Manuel Leal Henriques e Simas Santos, p. 868).

Entendimento diverso é expressado por Manuel Leal Henriques e Simas Santos (op. cit., p. 868):

"O nº 1 estrutura o tipo, dispensando o recurso, nessa sede, ao nº 3. Este último número limita-se a esclarecer que sempre (vocábulo que expressamente utiliza na 1ª parte) que se verifiquem as situações que prevê, se impõe a conclusão, para efeitos do nº 1, de que se está perante «poluição em medida inadmissível». Não vem dizer este número que «só» nos casos nele previstos se verifica «poluição em medida inadmissível". Se assim fosse a redacção do nº 3 seria diversa e o vocábulo "sempre" seria substituído por «quando» e entre os vocábulos «poluição» e «ocorre» seria intercalada a palavra «só». Temos que, além dos casos do nº 3, haverá «poluição em medida inadmissível» (conceito indeterminado) quando a situação de poluição é «grave».

Esta interpretação dos vocábulos não será despicienda. No entanto, contraria o pensamento do legislador expresso por um dos membros da Comissão Revisora e não tem em completa consideração os princípios basilares do Direito Penal.

Um desses princípios é o da legalidade, vertido no artigo 29º da Constituição da República Portuguesa, em virtude do qual a tipificação das condutas tem, não só uma função de indiciar a respectiva ilicitude, mas também, e não menos importante, uma função de garantia.

A lei penal deve, pois, ser certa e estrita. E se, não obstante tal limitação constitucional, o legislador recorre a conceitos indeterminados e a normas penais em branco, cabe ao intérprete reconduzi-las aos seus justos limites, ponderando e eliminando aquelas soluções que extravasam a necessária e adequada certeza da lei penal.

Entendemos, portanto, não ser correcta a interpretação segundo a qual tipificação e punição das condutas previstas no nº 1 do artigo 279º possa ocorrer autonomamente, sem recurso ao disposto no nº 3 do mesmo artigo.

Concluimos que o preenchimento do tipo de crime de poluição está dependente de prévia actuação da Administração, sem o que o crime não terá lugar.

No presente caso, a Administração não actuou, pelo que não está preenchido o tipo legal do artigo 279º, nº 1, al. a), do Código Penal.

Assim sendo, impõe-se o arquivamento dos autos e a remessa de certidão da queixa e a remessa de certidão da denúncia e do presente despacho à Secretaria Regional do Equipamento Social e Ambiente, com vista a serem desencadeados os mecanismos legais de fiscalização e investigação dos factos aqui vertidos.

Pelo exposto, ordeno o arquivamento dos autos, nos termos do artigo 277º, nº 1 do Código de Processo Penal.

Cumpra o disposto no artigo 277º, nº 3 do Código de Processo Penal, comunicando-se igualmente à Direcção Regional do Saneamento Básico.

Em cumprimento da Circular nº 3/94, da Procuradoria-Geral da República envie cópia do presente despacho à P. G. R.

Santa Cruz, 28 de Setembro de 1998

A magistrada do Ministério Público,

Interesses Difusos

6º CASO PRÁTICO

Comarca de Alcanena

Inquérito iniciado com queixa contra uma sociedade que detém, ao ar livre, um depósito de *raspas verdes* da indústria de curtumes. A sociedade queixosa, que igualmente se dedica à indústria de curtumes, julga-se prejudicada pela contaminação dos seus poços de água, provocada pelo estado de funcionamento do aludido depósito.

Da vistoria realizada pela Delegação Regional do Ambiente competente não foi possível estabelecer uma relação de causa/efeito entre o eventual facto poluidor e a contaminação.

O Ministério Público determinou o arquivamento do inquérito, face à inexistência de indícios suficientes de nexo de causalidade entre o evento denunciado e o resultado sofrido pela queixosa.

Interesses Difusos

TRIBUNAL JUDICIAL DA COMARCA DE ALCANENA**SERVIÇOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Os presentes autos tiveram origem na queixa de fls. 2 a 4, efectuada por "C., Lda" contra os arguidos (...) e (...), ambos legais representantes da sociedade comercial "J., Lda", com sede em ..., Alcanena, onde se dá conta dos factos a seguir descritos.

A queixosa dedica-se ao fabrico de curtumes numa fábrica sita em ..., Alcanena.

Para o desenvolvimento desta sua actividade, a queixosa instalou dois poços de água na sua fábrica.

A água existente em tais poços tem de estar limpa e pura a fim de permitir o prosseguimento da aludida actividade industrial.

Desde o inicio do ano de 1996 que os arguidos detêm um depósito de *raspas verdes*, com cerca de meio hectare, instalado a céu aberto em terreno sito a cerca de 100 metros das instalações onde a queixosa labora.

O dito depósito de *raspas* não se encontra devidamente impermeabilizado.

Assim, com a exposição ao ar e chuva, as *raspas* vão-se decompondo até chegarem ao estado líquido, o que provoca maus cheiros.

Mas para além disso, o líquido gerado pela decomposição, vai-se infiltrando no solo, até que chega aos poços da denunciante, poluindo as águas lá existentes.

Tais águas passam então a ser impróprias para o uso a que se destinam.

Acresce que, nas proximidades da fábrica existe um pequeno curso de água que também se encontrava contaminado.

Com esta conduta, os denunciados provocaram prejuízos no valor de 3.000.000\$00 no património da queixosa, a qual se vê obrigada a abastecer-se de água através de auto-tanques.

Os denunciados também provocaram danos no património natural de toda a população, inquinando os recursos hídricos e do próprio solo.

Esta situação foi exposta à Delegação de Saúde de Alcanena e à Direcção Regional do Ambiente e Recursos Naturais de Lisboa e Vale do Tejo.

Baseando-se na factualidade descrita, a queixosa imputa aos arguidos a prática de um *crime de poluição com perigo comum e de um crime de dano qualificado*, previstos e puníveis, respectivamente, pelos artigos 280º e 213º, nº 2, alínea a), ambos do Código Penal.

Dos elementos recolhidos nos autos, resultam os seguintes factos:

- desde o ano de 1996 que os arguidos possuem, ao ar livre, um depósito de *raspas verdes* da indústria de curtumes em ..., Alcanena;
- a cerca de 100 metros do mesmo local, possui a queixosa uma fábrica de curtumes onde tem dois poços de água que utiliza para a prossecução da sua actividade industrial,
- face à reclamação da denunciante, a D.R.A.R.N. de Lisboa e Vale do Tejo efectuou uma acção de fiscalização no sentido de averiguar a descrita situação;
- assim, *tais serviços efectuaram a competente vistoria, não lhes tendo sido possível estabelecer uma relação causa/efeito, entre a contaminação das captações de água subterrânea da queixosa e o estado de funcionamento do depósito dos arguidos;*

- os arguidos melhoraram as condições do aterro onde depositavam as raspsas verdes, dado que os comoros e terrenos laterais daquele estão devidamente impermeabilizados;

- no entanto, tal aterro não está licenciado;
- não se apurou o montante dos danos.

A questão fundamental a abordar nos presentes autos prende-se com a possibilidade de integrar a conduta dos arguidos na previsão dos crimes tipificados nos artigos 212º ou 213º, 278º, 279º e 280º, do Código Penal.

Face à configuração factual da situação denunciada e aos indícios recolhidos, a conduta dos arguidos apenas poderá subsumir-se, em abstracto e em concurso aparente, à previsão dos artigos 213º e 279º do Código Penal.

Com efeito, não estamos perante uma situação de eliminação de exemplares de fauna ou flora, destruição de *habitat* natural ou esgotamento de recursos do subsolo, nem tão pouco perante a criação de perigo para a vida ou integridade física de outrem ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, hipóteses estas enquadráveis nos artºs 278º e 280º do Código Penal.

Assim, o caso em apreço fica limitado à apreciação dos artigos 279º e 212º ou 213º daquele diploma legal.

Mas antes de encetarmos a análise concreta de tais tipos de crime é importante referir que o crime é uma acção típica, ilícita e culposa.

A acção consiste num comportamento humano que conduz a uma modificação do mundo externo - a uma negação de valores.

A essa negação de valores pode interessar o resultado naturalístico produzido, ou seja, o evento.

Ora, quando assim suceda, como é o caso, é necessário determinar se o resultado se pode imputar ao movimento corpóreo do agente.

Torna-se necessário investigar se entre um e outro se estabelece um *nexo de causalidade*.

No que concerne aos "maus cheiros" e à poluição do curso de água aludidos na queixa é difícil estabelecer uma relação de causalidade. Isto porque, quando é lesado o ambiente natural em medida inadmissível e intolerável, em regra não é a actividade dum único agente que produz aquele efeito.

Deparamos normalmente com casos de concausalidade (vid. Dr. Souto Moura, no seu estudo sobre o crime de poluição, Núcleo de Estudos Ambientais do Ministério da Justiça - C.E.J., pág. 16 e 17).

Ora, é oportuno realçar que a zona de Alcanena, e especificamente a da ..., é um local onde se concentra grande número de indústrias de curtumes.

Como é evidente, nestes casos de poluição causada por unidade fabris, é normalmente difícil estabelecer a prova de que foi um concreto agente e não outros a criar certa situação de perigo (vid. o citado estudo do Dr. Souto Moura).

Dos presentes autos não resultam indícios suficientes de que os "maus cheiros" a que o queixoso alude tivessem sido provocados pela acção dos arguidos.

Por outro lado, quanto à eventual poluição do pequeno curso de água e dos poços do queixoso, também não resultam indícios suficientes que permitam estabelecer uma relação de causalidade entre a conduta dos arguidos e aquele evento.

Com efeito, foi a própria D.R.A.R.N., como autoridade competente que, após a competente vistoria, revelou *não ter sido possível estabelecer neste caso uma relação de causa/efeito*.

Não existindo, pois, *nexo de causalidade*, afastada fica qualquer responsabilidade criminal dos arguidos.

No entanto, por mera questão prática, retomaremos a análise dos artigos 212º ou 213º e 279º do Código Penal.

No artº 279º refere-se que:

"1. Quem em medida inadmissível:

a) Poluir águas ou solos ou por qualquer forma, degradar as suas qualidades é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 600 dias".

3. A poluição ocorre em medida inadmissível sempre que a natureza ou os valores da emissão ou da imissão poluentes contrariarem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com as disposições legais ou regulamentares e sob a cominação de aplicação das penas previstas neste artigo."

Não existem nos autos dados precisos quanto aos valores da emissão poluente, nomeadamente no que diz respeito ao solo e às águas públicas e também não existe qualquer manifestação da Administração advertindo os arguidos de que a sua descrita actuação determinava a aplicação das penas previstas no artº 279º do Código Penal.

Pelo exposto e perfilhando ainda o entendimento do Dr. Souto Moura, *Revista do Ministério Público*, ano 13, nº 50, págs., 15 e segs., somos forçados a concluir que não se verificam os elementos típicos do crime de poluição previsto no artº 279º do Cód. Penal.

No que diz respeito ao crime de dano do artº 212º ou 213º do Código Penal e mesmo que o resultado da acção pudesse ser objectivamente imputado aos arguidos, sempre haveria que indagar se aquele lhe poderia ser imputado subjectivamente, ou seja, se os mesmos actuaram com culpa e qual a modalidade da mesma.

Pois, para que o crime exista não basta que uma conduta seja tipicamente antijurídica; é preciso também que ela possa ser reprovada ao seu agente, isto que seja culposa.

Esta ligação do agente com o seu facto pode ter lugar por duas formas - dolo e a negligência.

Costuma a doutrina apontar dois elementos essenciais para a sua existência: um *intelectual* e outro *volitivo* ou *emocional* (Prof Eduardo Correia, in *Direito Criminal*, vol. 1, pag. 367, Almedina 1968).

O segundo - aquele que agora nos interessa - traduz-se numa *especial direcção da vontade*.

No caso dos autos exige-se um *dolo de dano*, ou seja, uma vontade conscientemente dirigida à produção de um dano na água dos poços pertencentes ao queixoso (*dolo genérico*).

Ora, concretamente, a partir da factualidade vertida nos autos nunca se poderá afirmar que os arguidos actuaram com dolo (em qualquer das modalidades previstas no artº 14º do Código Penal).

No entanto, poderiam os arguidos ter actuado com negligência se efectivamente, omitiram um dever objectivo de cuidado ou diligência (artº 15º do Código Penal).

Porém, nesse caso, se os arguidos algum dano houvessem praticado seria um dano involuntário ou culposos, situação esta que não está prevista nos artigos 212º e 213º do Código Penal.

Assim, o dano não é punível criminalmente - artº 13º do Cód. Penal - apenas se confinando ao âmbito do ilícito civil.

Pelo exposto, determino o arquivamento dos autos, nos termos do artº 277º, nº 1, do Código de Processo Penal.

Cumpra o disposto no artº 277º, nº3, do Código de Processo Penal.

Para os efeitos do disposto na Circular nº 3/94, de 15-03-94, da P.G.R., extraia cópia deste despacho e envie-a ao Exmo Senhor Procurador no Círculo Judicial de Tomar.

Em obediência ao veiculado pela Circular nº 1048, da P.G.D. de Coimbra, envie-se, igualmente, fotocópia do presente despacho ao grupo de trabalho sobre os "Interesses Difusos".

Alcanena, 29 de Maio de 1998

O magistrado do Ministério Público

Interesses Difusos

7.º CASO PRÁTICO**Comarca de Amares**

Inquérito iniciado com participação apresentada pela Câmara Municipal de Amares, relativa a uma descarga de óleo queimado na rede de colectores de saneamento.

No decurso da investigação, veio a ser determinado o agente causador da descarga - um estabelecimento de abastecimento de gasolina.

Não obstante se concluir pela existência de um acto de poluição e se haver identificado o agente poluidor, a não verificação da condição de punibilidade estabelecida pelo n.º 3 do art.º 279.º do Código Penal determinou o arquivamento do inquérito.

Interesses Difusos

TRIBUNAL JUDICIAL DA COMARCA DE AMARES**SERVIÇOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Os presentes autos tiveram origem na participação da Câmara Municipal de Amares de que tinha sido detectada uma descarga de óleo queimado na rede de colectores de saneamento que servem a freguesia de Caldelas, entre os dias 11 e 13 de Julho, desconhecendo-se a fonte causadora de tal descarga.

Foi junto aos autos o relatório da assistência técnica camarária, efectuada durante o mês de Julho de 1997, onde se constata que no dia 11 ocorreu uma descarga anormal de óleo que prejudicou o teor de oxigénio (CQO) das águas residuais.

Conclui-se ainda no relatório que nesse mesmo mês, os teores de CQB, CBO e SST na água ultrapassaram os valores máximos impostos no Decreto-Lei nº 74/90, de 7 de Março.

Foi ouvido o funcionário da CMA, identificado a fls. 7 dos autos, encarregado de proceder à recolha das amostras do afluente bruto e efluente final proveniente da ETAR de Caldelas. O mesmo afirmou ter verificado três locais possivelmente responsáveis pela descarga efectuada, sendo que *não foi* detectada nenhuma anormalidade nos serviços que visitou.

Foi solicitada à DRARN (Direcção Regional do Ambiente da Região Norte) a sua colaboração no sentido de identificar eventual fonte poluidora do afluente bruto.

Esta entidade informa ter procedido a averiguações no sentido de identificar as fontes causadoras da descarga, tendo concluído que a responsabilidade caberia ao estabelecimento de Bombas de Gasolina denominado "L., Lda" localizado no ..., Amares.

Interrogado o gerente deste firma a fls. 33, o mesmo repudia qualquer responsabilidade na descarga de óleo queimado na ETAR, afirmando que o escoamento dos resíduos provenientes da laboração da sua firma é feito para "fossas" cuja limpeza é efectuada pela CMA.

A testemunha ouvida a fls. 34, referiu que os óleos detectados são susceptíveis de pôr em perigo o equilíbrio ambiental.

O ambiente, segundo a definição consagrada na Lei de Bases do Ambiente, é *o conjunto dos sistemas físicos, químicos e biológicos e suas relações e dos factores económicos, sociais e culturais com efeito directo ou indirecto, mediato ou imediato, sobre seres vivos e a qualidade de vida do homem*, (cfr. art. 5º n.º 2 al. a) da Lei n.º 11/87, de 7 de Abril). Assim, o conceito de poluição abrange a degradação e alteração dos componentes ambientais *para além dos limites de tolerância admissível* que afecta negativamente a saúde, o bem estar e as diferentes formas de vida, o equilíbrio e a perenidade dos ecossistemas naturais e transformados, assim como a estabilidade física e biológica do território.

Em conformidade, o art. 26º n.º 3 do diploma supra mencionado (Lei de Bases do Ambiente), apenas faz relevar uma alteração que ultrapasse o limite da tolerância admissível de presença de elementos poluentes na atmosfera, água, solo e seres vivos.

O Decreto-Lei nº 74/90 estabelece os limites máximos dos componentes químicos permitidos no afluente bruto e no efluente final das águas residuais, sendo que as descargas de óleo ocorridas no dia 11 de Julho prejudicam muito o tratamento das

águas residuais, uma vez que a ETAR não está preparada para tratar este tipo de substâncias, que possuem uma elevada carência em oxigénio.

Parece assim poder-se concluir que a descarga de óleos queimados na ETAR consubstancia um acto de poluição.

Estatui o art. 279º n.º 1 do Código Penal:

"Quem, em medida inadmissível:

a) Poluir águas ou solos ou, por qualquer forma, degradar as suas qualidades;"

E, no n.º 3:

"A poluição ocorre em medida inadmissível sempre que a natureza ou os valores da emissão *poluente* contrariarem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com disposições legais ou regulamentares e *sob cominação de aplicação das penas previstas neste artigo*".

Do teor literal do artigo poderemos concluir que a emissão poluente tem, objectivamente, de contrariar prescrições ou limitações impostas pela legislação. Mas isso não basta. É ainda necessário que:

a) A autoridade administrativa competente tenha directamente imposto uma prescrição ou limitação, e ainda,

b) Que a prescrição ou limitação da autoridade administrativa seja feita com a cominação de aplicação das penas previstas no art. 279º do Código Penal.

Ora, a Administração não aprofundou a sua intervenção no caso em análise, não impôs limites à actuação da firma representada pelo arguido e muito menos o advertiu das consequências penais da eventual não observância desses limites.

Concluindo, para que se possa falar em "poluição", não basta que haja uma actividade poluente, é ainda necessário uma componente de *desobediência* no seguimento da opinião de Figueiredo Dias. (cfr. Actas da Comissão de Revisão do Código Penal, Ministério da Justiça, 1993, pág. 517).

Uma vez que não se verificaram as condições objectivas de punibilidade explanadas nas alíneas a) e b), determino o arquivamento dos autos, por prova bastante de não ter sido praticado crime por parte do arguido (art. 277º n.º 1 do Código de Processo Penal).

Notifique, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo.

Quanto a uma eventual falta de licenciamento no escoamento dos óleos queimados provenientes da laboração do estabelecimento em causa, e também quanto aos restantes factos supra analisados, poderão constituir matéria contra-ordenacional, nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 74/90.

Assim, envie cópia deste despacho à CNIA e à DRARN, para eventual instauração de procedimento contra-ordenacional contra o arguido.

Nos termos da Circular n.º 3/94, envie cópia deste despacho à Procuradoria-Geral da República.

Amares, 19 de Junho de 1998

A magistrada do Ministério Público

8º CASO PRÁTICO

Supremo Tribunal de Justiça

Na comarca do Porto, a sociedade proprietária de um restaurante intentou acção contra a "Shell Portuguesa" em que pedia o ressarcimento dos danos causados por um derrame de combustível, que lhe contaminou o poço que abastecia o estabelecimento.

A acção foi julgada improcedente na 1ª instância e no Tribunal da Relação do Porto.

O Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 2 de Junho de 1998, aprecia o regime e os pressupostos da responsabilidade objectiva, em matéria de direito do ambiente.

Interesses Difusos

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Revista nº /97
1ª Secção Cível

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

I

“R., Lda”, (...) e Mulher, (...), todos com os sinais dos autos, intentaram contra Shell Portuguesa, S.A., nos Juízos Cíveis da comarca do Porto, acção em processo ordinário em que pediram a condenação da Ré a:

- a) solver a quantia de Esc. 5.192.000\$00, a título de ressarcimento pelos prejuízos e danos patrimoniais já apurados, sendo 5.000.000\$00 de lucros cessantes e 192.000\$00 da matéria peticionada nos itens 53º a 54ºA;
- b) indemnizar a 1ª autora por todos os danos futuros que venham a ser quantificados, a liquidar e a determinar em execução de sentença;
- c) pagar aos 2º e 3º autores a quantia de 1.000.000\$00 como compensação pelos danos morais sofridos;
- d) pagar os juros legais, contados desde a citação até integral pagamento.

Fundamentando a sua pretensão, alegaram, em síntese, que, com o derrame do combustível verificado num posto de abastecimento da Ré, sito na comarca de Santa Maria da Feira, ficou contaminada a água de um poço que abastecia o restaurante da sociedade-autora e a casa dos restantes autores, o que provocou prejuízos no funcionamento da primeira e afectou o normal abastecimento dos segundos, com as consequências relatadas na petição inicial.

A Ré contestou, impugnando a versão dos autores e sustentando que o derrame não chegou a afectar a água do referido poço, já que os hidrocarbonetos aí detectados não são derivados do petróleo.

Após réplica dos autores, foi proferido despacho a julgar incompetente, em razão do território, o Tribunal Cível do Porto para o conhecimento da acção e a determinar a remessa dos autos ao Tribunal de Santa Maria da Feira, por ser o territorialmente competente para o efeito.

Proferido o despacho saneador e organizados a especificação e o questionário, no círculo judicial de Santa Maria da Feira, e após o julgamento, as respostas aos quesitos e as alegações de direito, foi proferida a sentença segundo a qual a acção foi julgada improcedente, com a consequente absolvição da Ré do pedido.

Inconformados, dela interpuseram os autores recurso de apelação, o qual, por acórdão de 13 de Março de 1997, do Tribunal da Relação do Porto, foi julgado improcedente, sendo, consequentemente, confirmada a sentença da 1ª instância.

É do referido acórdão que os autores, ainda inconformados, trazem a presente revista, oferecendo, a finalizar as suas alegações, as seguintes conclusões:

- a) É inequívoco que a actividade desenvolvida pela Ré é uma actividade especialmente perigosa;
- b) E que o encerramento do poço dos AA ocorreu em virtude do acidente ecológico (derrame ocorrido num dos depósitos da Ré) que contaminou diversos aquíferos da zona de Argoncilhe;

c) À data do referido acidente, as análises efectuadas pelo Laboratório de Hidrologia da Faculdade de Farmácia do Porto, revelaram a presença de "2.2" hidrocarbonetos totais dissolvidos emulsionados e óleos minerais m/l;

d) As análises obtidas pela Ré realizaram-se volvidos cerca de 2 anos sobre a ocorrência do derrame;

e) Assim, peca o douto Acórdão da instância, ao confirmar a Sentença recorrida, por incorrer

e)1. em violação de lei substantiva - o artº 8º do Código Civil;

e)2. em erro de interpretação e determinação das normas aplicáveis, nomeadamente: artº 40º, nº 4, e 41º nº 1, da Lei 11/87, de 7 de Abril, o artº 130º (r/2) do Tratado de Roma na redacção introduzida pelo Acto Único Europeu, al. h), e o artº 10º da Convenção de Lugano;

f) Na medida em que se exige o nexo de causalidade adequada, numa óptica de responsabilidade civil tradicional quando esta matéria (responsabilidade delitual do Direito do Ambiente) se contenta com juízos de mera probabilidade ou verosimilhança dispensando, por isso, um juízo de certeza absoluta;

g) Por outro lado e no que respeita à consagração da responsabilidade objectiva neste especial ramo de direito (Direito do Ambiente), a não regulamentação do quantum indemnizatório não justifica que o Tribunal se abstenha de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei pelo contrário. sempre haveria de integrar a eventual lacuna existente com o recurso à interpretação extensiva ou analógica, em última instância sempre haveria de resolver a lacuna com recurso a uma norma por si criada, tal como se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema;

h) Atenta a natureza e o âmbito europeu e internacional do direito de Protecção do Ambiente e respectiva corresponsabilização no conceito dentro do espírito do sistema referido (interiormente, contido no artº 8º do Código Civil), sempre caberiam as normas de Direito Europeu e de Direito Internacional invocadas no item C)2;

i) Assim, no uso do artº 729º e ss., deverá o Supremo aplicar definitivamente o regime jurídico que julgue adequado com as demais consequências legais implícitas.

A Ré contra-alegou pugnando pela improcedência da revista.

Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

II

É a seguinte a matéria de facto dada como provada pelas instâncias:

A) A autora, "R., Lda", é uma sociedade comercial que se dedica à indústria hoteleira e similares, nomeadamente à exploração de um restaurante sito na Avenida ..., Vila Nova de Gaia (A).

B) O autor Manuel é sócio-gerente da autora-sociedade (B).

C) A Ré tem como actividade o fornecimento de combustíveis (C).

D) Por motivos estranhos aos autores, em Abril de 1990 ocorreu uma ruptura num dos depósitos do posto de abastecimento da Ré Shell, sito na E.N. nº 11, em Argoncilhe, Santa Maria da Feira (D).

E) Dessa ruptura resultou a perda de combustível que se encontrava no depósito (4º).

F) Esse combustível infiltrou-se no solo (5º).

G) Contaminou com hidrocarbonetos diversos aquíferos (águas subterrâneas e superficiais (6º).

H) Na água deste poço (o que fornecia água ao restaurante da 1ª autora) foram detectados, por análise do Laboratório de Hidrologia da Faculdade de Farmácia do Porto a presença de "2,2" hidrocarbonetos totais dissolvidos e emulsionados e óleos minerais em mg/l (8º).

I) O valor médio admitido em águas de consumo relativo ao teor de hidrocarbonetos é de 0,2 microgramas por litro (9º).

J) Em consequência da referida análise, o Sr. Delegado de Saúde aconselhou que não se procedesse ao consumo de água proveniente do poço que abastece o restaurante dos autores (10º).

K) O restaurante e a habitação incluídos no mesmo edifício passaram a ser diariamente fornecidos por água transportada em camiões cisternas (E).

L) Inicialmente (Dezembro de 1991) pelos Bombeiros Voluntários e a partir de Fevereiro de 1992 por empresa transportadora contratada pela Ré (F).

M) O horário destes fornecimentos de água situava-se entre as 09.00 horas e as 20.00 horas (G).

N) São fornecidos aos autores uma média diária de 8 a 9 mil litros de água (H).

O) Procedeu-se à construção de uma canalização nova (autónoma do poço), de forma a permitir o armazenamento de água, a ser fornecida em condições de segurança (13º e 14º).

P) O restaurante sempre teve como horário de funcionamento das 08,30 horas às 24.00 horas (16º).

Q) No lapso de tempo em que a água foi fornecida por tanques automóveis, a 1ª autora deixou de servir algumas refeições, não podendo finalizar em tempo algumas delas, deixando ainda e momentaneamente de lavar louças, máquinas e outros utensílios (20º).

R) Na sequência do anteriormente referido houve uma diminuição de produtividade e rendimento da autora-sociedade (28º).

S) A falta de água impediu algumas vezes a autora-sociedade de proporcionar um atendimento completo e adequado (24º).

T) Os autores Manuel e Maria residem no mesmo edifício do restaurante (21º).

U) Ficaram, por vezes, privados do uso normal de água para a sua higiene pessoal e alimentar (22º).

V) O que lhes provocou carências e incómodos (23º).

W) As canalizações referidas na resposta conjunta aos quesitos 13º e 14º (a que se alude em O) têm carácter precário e provisório (25º).

X) Em 1997, a água do poço foi considerada como bacteriologicamente própria para consumo (31º).

Y) Mercê da situação da água do poço, os autores vão ter de se servir em absoluto da rede pública de água, logo que instalada (32º).

Z) Actualmente (1992/Maio/29), os Serviços Municipalizados de Água e Saneamento cobram a importância de 165\$00 por m³ para os gastos de água referenciados na alínea H) da especificação (N - supra) (34º).

AA) A Ré fazia inspecções ao depósito de combustível (39º).

BB) Fazia inspecções extraordinárias sempre que aconselháveis (40º).

CC) Logo que foi detectada a ruptura, o tanque foi imediatamente neutralizado e tomado inoperacional (41º).

DD) As águas para consumo humano podem ter 10 microgramas por litro de hidrocarbonetos dissolvidos ou emulsionados (42º).

EE) Tais hidrocarbonetos incluem os derivados do petróleo e os que o não são (de origem orgânica, vegetais ou animais) (43º).

FF) Na análise efectuada não foram detectados hidrocarbonetos derivados do petróleo (44°).

GG) Da perda do combustível apenas hidrocarbonetos derivados do petróleo podiam resultar (45°).

HH) Em Janeiro de 1992, um laboratório estrangeiro e o LNETI efectuaram análises em 19 amostras de água extraídas de poço e furos artesianos indicados pelas Câmaras das áreas das freguesias de Grijó e Argoncilhe (46°).

II) Não detectaram hidrocarbonetos derivados do petróleo (47°).

JJ) Do boletim de análise junto a fls. 21, não foi apurada e discriminada a existência de hidrocarbonetos derivados do petróleo (48°).

LL) A água que foi então fornecida aos autores e restaurante por tanques automóveis era adequada para o consumo público (50°).

MM) Os autores apenas em Dezembro de 1991 é que tiveram conhecimento da situação da ruptura do depósito mencionada na alínea D) da especificação (supra D).

NN) A manutenção dos depósitos de combustível era da responsabilidade da "Shell" (1).

III

1. Os recorrentes que, nas conclusões das alegações da apelação, tinham limitado as razões da sua discordância quase exclusivamente a pretensos erros processuais, excepção feita a um alegado erro de julgamento, centram agora a sua impugnação ao acórdão recorrido no aspecto substantivo relacionado com suposta violação da lei e pretenso erro de interpretação e de determinação das normas aplicáveis.

Sendo certo que as conclusões das alegações de recurso delimitam o objecto do recurso - artigos 684°, nº 3, e 690°, nº 1, do Código Processo Civil -, resulta das mesmas que a principal e decisiva questão a equacionar na presente revista consiste em saber se, no caso *sub judicio*, existirá efectivamente responsabilidade objectiva por parte da Ré.

Vejamos, porém, com a necessária atenção.

2. Ter-se-á presente, ao nível do nosso ordenamento jurídico, que o artigo 41° da Lei de Bases do Ambiente (Lei nº 11/87, de 7 de Abril) veio introduzir, no quadro da responsabilidade civil no domínio do ambiente, a responsabilidade objectiva, inovação da maior relevância, em face do princípio geral do nº 2 do artigo 483° do Código Civil¹, segundo o qual "só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa, nos casos especificados na lei".

2.1. Estabelece o artigo 41° da Lei de Bases do Ambiente:

"1. *Existe obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, sempre que o agente tenha causado danos significativos no ambiente, em virtude de uma acção especialmente perigosa, muito embora com respeito do normativo aplicável.*

2. *O quantitativo da indemnização a fixar por danos causados no ambiente será estabelecido em legislação complementar.*"²

¹ Prescreve o nº 1 que "aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação".

² Termos em que, em face do disposto no art.º 52°, nº 2, da Lei nº 11/87, a entrada em vigor do regime figurado só ocorrerá com a dos respectivos diplomas regulamentares.

Ou seja, até à data da entrada em vigor da Lei de Bases do Ambiente, inexistindo norma (excepcional) que admitisse a indemnização sem culpa do agente, forçoso era concluir, de acordo com os princípios gerais, que apenas nos casos em que se provasse dolo ou mera culpa, existiria a obrigação de indemnizar os correspondentes danos. Nas demais situações estes não seriam ressarcidos. Isto sem esquecer o regime consagrado no art.º 493º, nº 2, do Código Civil, a que adiante faremos referência.

Como escreve um anotador da legislação do "Direito do Ambiente"³, tal regime era, por assim dizer, algo penalizante para os valores ambientais e manifestamente benéfico para as agressões praticadas sem culpa do agente. A manterem-se os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil, boa parte dos danos causados ao ambiente ficariam por ressarcir, já que, na maioria dos casos, eles não têm na sua origem qualquer conduta culposa e, mesmo quando esta exista, será sempre difícil o apuramento de factos que inequivocamente a demonstrem, tanto mais que apenas ao lesado cumpre fazer a culpa do autor da lesão (artigo 487º do Código Civil).

2.2. Consagrando a "responsabilidade objectiva", o art.º 41º da Lei de Bases do Ambiente veio ampliar os pressupostos da responsabilidade civil no domínio do ambiente, já que prescreveu a obrigação de indemnizar independentemente de culpa do agente. Segundo João Pereira Reis, "aqui residiu a grande inovação da Lei de Bases. Com efeito, nas situações em que o autor da lesão tivesse actuado com culpa já era inquestionável, face às regras gerais do Código Civil, que sobre ele impendia o dever de ressarcir os danos causados ao ambiente".

Todavia, no regime do citado artigo da Lei de Bases do Ambiente, a obrigação de indemnizar, embora num quadro de responsabilidade objectiva, fica ainda dependente da verificação de dois requisitos. Em primeiro lugar, será necessário que o agente cause *danos significativos*. Em segundo lugar, que os danos decorram de uma *acção especialmente perigosa*⁴. Se, in casu, fosse de aplicar o quadro próprio do regime jurídico da responsabilidade objectiva, sempre haveria que tentar apurar se ocorreriam os requisitos típicos dos conceitos normativamente estabelecidos de "acção especialmente perigosa" e de "dano significativo".

Refira-se, embora a título lateral, que o conceito de "dano significativo" é igualmente referido em sede de "direito do ambiente" - no art.º 48º, nº 1, do Decreto-Lei nº 74/90, de 7 de Março, que estabeleceu normas de protecção da *qualidade da água*, embora num contexto da responsabilidade subjectiva. Aí se prescreve, com efeito, que "aqueles que, com dolo ou mera culpa, infringirem as disposições do presente diploma, provocando *danos significativos* no ambiente em geral ficam constituídos na obrigação de indemnizar o Estado pelos danos a que derem causa". Por sua vez, acrescenta o nº 2, "o referido no número anterior não prejudica o exercício pelos particulares da pretensão indemnizatória fundada no nº 4 da Lei nº 11/87, de 7 de Abril, e demais legislação aplicável".

Norma esta - a do nº 4 do art.º 40º da Lei de Bases do Ambiente - que também se justifica transcrever. Dispõe que "os cidadãos directamente ameaçados ou lesados no seu direito a um ambiente de vida humana sadio e ecologicamente equilibrado podem

³ João Pereira Reis, *Leis de Bases do Ambiente Anotada e Comentada, Legislação Complementar*, Almedina, Coimbra. 1992. pág. 86.

⁴ Não resultando da Lei de Bases do Ambiente critérios que permitam qualificar uma actividade como "especialmente perigosa", deve concluir-se que se trata de matéria a esclarecer em sede regulamentar. Sobre o assunto, podem ver-se, com algum desenvolvimento. Manuel Tomé e Manuela Flores, *Sobre a Responsabilidade Civil por Factos de Poluição* in Textos, Centro de Estudos Judiciários, col. Ambiente, 1994, págs. 34-50, *maxime* págs. 39 e 43 a 46.

pedir, nos termos gerais de direito, a cessação das causas de violação e a respectiva indemnização".

2.3. A responsabilidade civil pelos danos emergentes de actividade perigosa, seja por sua natureza, seja pela natureza dos meios utilizados, encontra a sua matriz legal no art.º 493º, nº 2, do Código Civil, no qual se estabelece uma *presunção de culpa* do agente ilidível mediante a demonstração de que se empregaram as medidas preventivas exigidas pelas circunstâncias.

Na previsão daquele normativo cairão, pois, todas as actividades que, por sua natureza ou pela natureza dos meios empregues, comportem perigo para o ambiente e que não estejam confinadas a regime especial (cfr., v.g., os artigos 509º, nº 1, 1346º e o 1347º, nºs 1 a 3, todos do Código Civil), ficando, por conseguinte, submetidas a um regime de responsabilidade subjectiva, muito embora reforçado pela referida *presunção relativa de culpa* - cfr. Manuel Tomé e Manuela Flores, loc. cit., pág. 36.

Em face do matizado panorama legal agora apenas esboçado, importará reconhecer que o art.º 41º, nº 1, da Lei nº 11/87 tem o mérito de reduzir a um quadro unitário de responsabilidade objectiva a responsabilidade emergente de danos significativos no ambiente causados por acção especialmente perigosa.

Só que, para isso importa explicitar o conceito legal de *acção especialmente perigosa e de dano significativo*, bem como definir o critério aferidor do *nexo de causalidade* a estabelecer entre esses dois pressupostos.

Deixando agora de lado, por não ser matéria de especial relevo na economia do caso sub judice, os conceitos de *acção especialmente perigosa*⁵ e de *dano* ressarcível, que deverá ser *significativo*⁶, detenhamo-nos um pouco mais sobre o *nexo de causalidade* entre aquela e este.

2.4. É indiscutível, neste domínio, a especificidade inerente aos factos de poluição, susceptíveis de projectar, não raramente, efeitos assaz difusos e quantas vezes longínquos, quer no tempo, quer no espaço, em relação à respectiva fonte. Fonte que pode ser o "acidente" ecológico ou o "evento" poluidor.

O que se deixa dito, que dificulta a prova do *nexo de causalidade* por parte do lesado, levou a doutrina, nacional e estrangeira, a considerar que, no domínio do direito do ambiente, nem todos os pressupostos clássicos da responsabilidade civil podem servir para determinar a obrigação de indemnizar.

Um desses requisitos é, desde logo, o *nexo de causalidade*. Pelas razões expostas, as modernas correntes jus-ambientalistas defendem que o critério da causalidade adequada, baseado na prova bastante a que se refere o art.º 346º do Código Civil, é desajustado à demonstração da ligação de causa-efeito entre determinado evento e o dano (considerável) sofrido quer no património ou na saúde dos particulares, quer no ambiente em geral. Preconiza-se, por isso, na esteira de alguns textos internacionais, em

⁵ Será legítimo questionar se o alcance da expressão "acção especialmente perigosa", utilizada no art.º 41º, nº 1, coincidirá ou não com o sentido do sintagma "actividade que envolva alto grau de risco para o ambiente", adoptada no art.º 43º do mesmo diploma - cfr, a esse propósito, Manuel Tomé e Manuela Flores loc cit págs. 43 e 44.

⁶ Segundo os autores citados na nota anterior. tornar-se-á imperioso formular um conceito operatório de "dano significativo no ambiente", que deverá inspirar-se na noção de poluição decorrente dos artigos 21º a 26º da Lei de Bases, tomando em consideração os seguintes vectores: as causas de poluição, os tipos de alterações por elas provocadas nos componentes ambientais e as incidências dessas alterações no homem, nos seres vivos, em geral, nos equilíbrios ecológicos e até nos sistemas inorgânicos.

elaboração ou já concluídos⁷, um critério menos exigente que se contentam com uma *probabilidade séria ou plausível de causalidade*⁸.

Há, assim, conformidade, do ponto de vista teórico, entre o teor da conclusão f) oferecida pelos recorrentes, e supra transcrita, e algumas reflexões doutrinárias em matéria de direito do ambiente. Apesar disso, porém, falece fundamento à sua pretensão. Vejamos porquê.

3. Segundo as decisões das instâncias, a improcedência da pretensão dos autores não se deveu à inexistência do pressuposto da responsabilidade civil que consiste na prática de um facto ilícito culposo imputável à Ré.

3.1. Escreveu-se no acórdão recorrido, recuperando, de resto, asserções já constantes da sentença da 1ª instância: "Só que não basta que ocorra um facto ilícito culposo imputável à Ré, que aqui consistiu na ruptura de um reservatório e consequente derrame do combustível aí armazenado, para aquela ter a obrigação de indemnizar os AA, já que é necessário que tal evento tenha causado danos aos mesmos - cfr. art.º 493º, n.º 2, do Código Civil («quem causar danos a outrem») - para além de que, como decorre do art.º 563º do mesmo Código, tal obrigação supõe a existência de um nexo causal entre o facto e o prejuízo («a obrigação de indemnizar só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão»)".

Já vimos, porém, que estas considerações merecem algumas adaptações à luz dos critérios da mais moderna doutrina jusambientalista, no que se refere ao nexo de causalidade entre a acção especialmente perigosa e o dano significativo, no domínio da responsabilidade civil objectiva.

Todavia, e no essencial, quedam incólumes as consequências.

Assim, ainda que se desse de barato que, no caso vertente se está perante uma acção especialmente perigosa (conforme afirmado, sem comprovação, na conclusão 1ª), sempre os autores haveriam de ter feito prova da ocorrência, para eles, de danos significativos.

O que não foi feito.

Mas mesmo que se concedesse que assim era, seria sempre indispensável, *ainda que se aceite a teoria mais favorável aos autores em matéria de causalidade*, que se tivessem apurado factos concretos e relevantes do ponto de vista da imputação do dano ao evento poluidor. Ou seja, sempre importaria que, em sede de matéria de facto, se tivesse provado que o dano sofrido na água do poço dos recorrentes - traduzido no aumento drástico dos hidrocarbonetos poluidores - tinha sido resultante da ruptura e consequente derrame do reservatório da Ré.

Ora, no caso sub judice, da matéria de facto dada como assente pelas instâncias resulta, com suficiente clareza, a exclusão da causalidade entre tal ruptura do depósito da Ré e a inquinação da água dos Recorrentes. Com efeito, os factos enunciados não permitem estabelecer sequer a ligação causal, mesmo ao nível da teoria (ou do critério) da probabilidade séria, entre aqueles eventos.

3.2. Recordem-se alguns factos elencados oportunamente:

⁷ De que é exemplo a Convenção Europeia Relativa à Responsabilidade Civil por Danos Resultantes de Actividades Perigosas para o Ambiente, ainda não ratificada por Portugal e que foi objecto da Informação/Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º 30/96, de 20 de Outubro de 1996.

⁸ Aquilo a que Manuel Tomé e Manuela Flores chamaram um *critério de verosimilhança* ou *probabilidade séria* - cfr. loc. cit., pág. 47.

FF) Na análise efectuada não foram detectados hidrocarbonetos derivados do petróleo (44°).

GG) Da perda do combustível apenas hidrocarbonetos derivados do petróleo podiam resultar (45°).

HH) Em Janeiro de 1992, um laboratório estrangeiro e o LNETI efectuaram análises em 19 amostras de água extraídas de poço e furos artesianos indicados pelas Câmaras das áreas das freguesias de Grijó e Argoncilhe (46°).

II) Não detectaram hidrocarbonetos derivados do petróleo (47°).

JJ) Do boletim de análise junto a fls. 21, não foi apurada e discriminada a existência de hidrocarbonetos derivados do petróleo (48°).

Ora, mesmo na tese mais favorável para os recorrentes, no que diz respeito ao nexo de causalidade, acima referida, sempre terá de existir, no mínimo, a probabilidade - ou plausibilidade - de se estabelecer um nexo de causalidade entre o facto e o dano. Mas, se a matéria de facto apurada nos autos exclui essa probabilidade, não é possível dar como verificada a existência de responsabilidade civil, tanto aquiliana como objectiva.

Improcedem, pois, as conclusões do recurso.

Quer isto dizer que os recorrentes, apesar de desenvolverem alguns tópicos que, do ponto de vista teórico, são correctos, à luz dos princípios aplicáveis em matéria de responsabilidade civil em sede de direito do ambiente, chegam a uma conclusão errada, na medida em que a questão em apreço não encontra solução que lhes seja favorável no quadro da invocação dos princípios da responsabilidade objectiva, pela simples razão de que inexistente, no caso vertente, a prova de que a contaminação da água do poço dos autores possa ter sido provocada pelo derrame de combustível verificado em virtude da ruptura do depósito da Ré. Ou seja, inexistente a prova do dano, como consequência, ainda que no plano da probabilidade ou da verosimilhança, do derrame do combustível.

Termos em que, na improcedência do recurso, se confirma a decisão recorrida.

Custas pelos recorrentes.

Lisboa, 2 de Junho de 1998