

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
ANTONIO TIZZANO

apresentadas em 20 de Setembro de 2001¹

1. A agência de viagens que vende férias organizadas é responsável, no caso de incumprimento ou de cumprimento defeituoso do contrato, pelos danos não patrimoniais sofridos pelo turista devido à falta de gozo das férias?

O quadro legislativo

A legislação comunitária

É esta a questão que o Landesgericht Linz (República da Áustria), em aplicação do artigo 234.º CE, submeteu ao Tribunal de Justiça, em 6 de Abril de 2000, a propósito da interpretação do artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados (a seguir «Directiva 90/314» ou «directiva»)².

2. Como é bem sabido, a Directiva 90/314 insere-se no contexto mais amplo da política de protecção do consumidor que conhece desde há alguns decénios desenvolvimentos significativos, não só a nível dos Estados-Membros, mas também comunitário. Inicialmente objecto esporádico e ocasional de medidas adoptadas com base no artigo 100.º do Tratado CE (actual artigo 94.º CE), a acção comunitária para a protecção dos consumidores encontrou, primeiro com o Acto Único Europeu de 1986 e depois com o Tratado de Maastricht, uma menção explícita e base jurídica mais adequada no artigo 100.º-A do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 95.º CE), para ser finalmente inscrita entre as políticas da Comunidade pelo artigo 129.º-A do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 153.º CE). Foram, assim, pouco a pouco, adoptadas numerosas directivas importantes que levaram directamente em conta as necessidades de protecção do consumidor, conjugando-as com as exigências subjacentes à realização do mercado interno e à progressiva liberalização da circulação de bens e pessoas

1 — Língua original: italiano.

2 — JO L 158, p. 59.

entre os Estados-Membros. Em particular, tais directivas concentraram-se em aspectos específicos merecedores de disciplina comum, designadamente em matéria de direito dos contratos e responsabilidade civil³.

3. A Directiva 90/314, igualmente adoptada com base no artigo 100.º-A do Tratado, insere-se declaradamente em tal contexto⁴, relativamente a um sector que representa «um elemento essencial» (primeiro considerando) para a concretização do mercado interno, dado o desenvolvimento crescente da indústria turística na

economia dos diversos Estados-Membros. Mais concretamente, esta directiva funda-se na comprovada existência de disparidades entre os Estados-Membros nas legislações e práticas aplicáveis em matéria de viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados (também denominados «viagens organizadas»), susceptíveis de gerar obstáculos à livre prestação de serviços e distorções de concorrência entre os operadores estabelecidos nos diferentes Estados-Membros (segundo considerando). Ao mesmo tempo, porém, a directiva, como precisa o terceiro considerando, prossegue o objectivo de permitir que «os consumidores da Comunidade beneficiem de condições comparáveis independentemente do Estado-Membro em que adquirem a viagem organizada». De resto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça confirmou igualmente que a protecção do consumidor através da adopção de regras destinadas a proteger o indivíduo é em si mesma um dos objectivos da directiva. No acórdão Dillenkofer e o., o Tribunal observou «por um lado, que os considerandos da directiva referem repetidamente o objectivo de protecção do consumidor, por outro, que o facto da directiva se destinar a garantir outros objectivos [a liberdade de prestação de serviços e a liberdade de concorrência] não é de natureza a excluir que as suas disposições visem também proteger os consumidores. Com efeito, por virtude do terceiro parágrafo do artigo 100.º-A do Tratado, a Comissão, nas suas propostas previstas no mesmo artigo, designadamente em matéria de defesa dos consumidores, basear-se-á num nível de protecção elevado»⁵.

3 — Sem pretendermos ser exaustivos, recordamos aqui, em particular, a partir da bem conhecida Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos (JO L 120, p. 29; EE 13 F19 p. 8), que examinaremos mais detalhadamente, as seguintes directivas: Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais (JO L 372, p. 31; EE 15 F6 p. 13); Directiva 87/102/CEE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo (JO L 42, p. 48), modificada, por último, pela Directiva 98/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998 (JO L 101, p. 17); Directiva 93/13/CE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO L 95, p. 29); Directiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 1994, relativa à protecção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis (JO L 280, p. 83); Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância (JO L 144, p. 19); e Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas (JO L 171, p. 12).

4 — V., em especial, os quarto, quinto e sexto considerandos, nos quais são invocadas: a resolução do Conselho de 19 de Maio de 1981 relativa a um segundo programa da Comunidade Económica Europeia para uma política de informação e defesa do consumidor (JO C 165, p. 24); a resolução de 10 de Abril de 1984 relativa a uma política comunitária do turismo (JO C 115, p. 1); a comunicação da Comissão ao Conselho intitulada «Um Novo Impulso para a Política de Defesa do Consumidor», e aprovada pela resolução do Conselho de 6 de Maio de 1986 (JO 1986, C 118, p. 28).

5 — Acórdão de 8 de Outubro de 1996 (C-178/94, C-179/94, C-188/94 e C-190/94, Colect., p. I-4845, n.º 39), bem como as conclusões do advogado-geral G. Tesouro nesse processo, n.º 13.

4. Tendo em vista os objectivos indicados, a directiva estabelece «um mínimo de regras comuns» a fim de conferir uma dimensão comunitária ao sector de viagens organizadas (sétimo considerando), regras que incidem em particular sobre as informações a fornecer ao consumidor, a disciplina do contrato de viagem organizada, quanto ao seu conteúdo, conclusão e execução no conjunto dos Estados-Membros, bem como a instituição de uma garantia a favor do consumidor em caso de insolvência ou falência do organizador e/ou do vendedor de viagens organizadas. No que se refere especialmente à responsabilidade contratual, é definido o conteúdo da relação triangular entre o organizador e/ou o vendedor, o consumidor e o prestador de serviços, no sentido de considerar, como regra geral, os primeiros como únicos sujeitos responsáveis dos danos causados ao consumidor pela não execução ou pela incorrecta execução do contrato.

6. Mas a disposição que assume maior relevo na presente causa é o artigo 5.º, nos termos do qual:

«1. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que o operador e/ou a agência que sejam partes no contrato sejam responsáveis perante o consumidor pela correcta execução das obrigações decorrentes do contrato, quer essas obrigações devam ser executadas por eles próprios ou por outros prestadores de serviços, e isso sem prejuízo do direito de regresso do operador e/ou da agência contra esses outros prestadores de serviços.

2. No que se refere aos danos que a não execução ou a incorrecta execução do contrato causem ao consumidor, os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que o operador e/ou a agência sejam responsabilizados, a não ser que a culpa da referida não execução ou a incorrecta execução não seja imputável nem ao operador e/ou à agência nem a outro prestador de serviços porque:

5. Passando às disposições específicas da directiva, recorde-se, em primeiro lugar, que o artigo 1.º enuncia os seus objectivos, precisando que a mesma «tem por objecto aproximar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas às viagens organizadas, às férias organizadas e aos circuitos organizados, vendidos ou propostos para venda no território da Comunidade» (artigo 1.º).

— as faltas verificadas na execução do contrato são imputáveis aos consumidores,

— essas faltas são imputáveis a um terceiro alheio ao fornecimento das pres-

tações previstas no contrato e se revestem de um carácter imprevisível e inevitável,

tes à viagem organizada, os Estados-Membros podem admitir que a indemnização seja limitada por força do contrato. Essa limitação não deve passar os limites do razoável.

- essas faltas são devidas a um caso de força maior, na acepção do n.º 6.º, alínea ii) do segundo parágrafo, do artigo 4.º, ou a um acontecimento que nem o operador e/ou a agência podiam prever ou evitar, mesmo efectuando todas as diligências necessárias.

Nos casos referidos no segundo e terceiro travessões do primeiro parágrafo, o operador e/ou a agência que sejam partes no contrato deve efectuar todas as diligências para auxiliar o consumidor em dificuldade.

3. Sem prejuízo do quarto parágrafo do n.º 2, os n.ºs 1 e 2 não podem ser derogados por quaisquer cláusulas contratuais.

4. Qualquer deficiência na execução do contrato verificada *in loco* pelo consumidor deve ser por este assinalada o mais cedo possível, por escrito ou sob qualquer outra forma apropriada, ao prestador em causa e ao operador e/ou à agência.

Essa obrigação deve ser objecto de uma menção clara e precisa no contrato.»

No que diz respeito aos danos resultantes da não execução ou da incorrecta execução das prestações inerentes à viagem organizada, os Estados-Membros podem admitir que a indemnização seja limitada em conformidade com as convenções internacionais que regem essas prestações.

7. Por outro lado, nos termos do artigo 8.º da directiva:

No que diz respeito aos danos não corporais resultantes da não execução ou da incorrecta execução das prestações ineren-

«Os Estados-Membros podem adoptar ou manter, no domínio regulado pela presente directiva, disposições mais rigorosas para defesa do consumidor.»

8. Recorde-se, por último, que os Estados-Membros estavam obrigados a adoptar as disposições necessárias para se conformarem com a directiva até 31 de Dezembro de 1992 (artigo 9.º).

A legislação austríaca

9. A Directiva 90/314 foi transposta para a ordem jurídica austríaca através de um conjunto de medidas legislativas, das quais nos interessa aqui sobretudo os §§ 31 b a 31 f, da *Konsumentenschutzgesetz* de 1993 (*KSchG*, lei de defesa dos consumidores)⁶. Estas disposições, que disciplinam a responsabilidade dos operadores do sector, não prevêm o direito ao ressarcimento do dano moral em caso de perda do benefício de férias ou em circunstâncias similares.

10. Segundo as indicações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio e pelo Governo austríaco nas suas observações escritas, a doutrina encontra-se dividida sobre a questão de saber se, para além dos casos expressamente previstos na supra-mencionada lei, os danos não patrimoniais serão ressarcíveis com base em princípios gerais. A dúvida não existe, contudo, na jurisprudência do *Oberster Gerichtshof*

(Supremo Tribunal austríaco), segundo a qual o dano moral só é passível de ressarcimento quando expressamente previsto por lei [como acontece, por exemplo, com o *pretium doloris*, no § 1325 do *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil austríaco, a seguir «ABGB»)]; tão pouco algumas normas isoladas (danos corporais, privação da liberdade, atentados na esfera sexual) permitem concluir pela existência de um princípio geral no qual se pudesse fundar o ressarcimento dos danos não patrimoniais resultantes da falta do gozo de férias. De resto, visto que as férias e o tempo livre consagrado ao repouso não têm valor pecuniário, a falta de gozo de férias não provoca um empobrecimento material do interessado e, portanto, o dano daí resultante não pode dar lugar a uma compensação monetária. Por outro lado, considerando que a referida norma de transposição da Directiva 90/314 não exclui a reparação do dano moral resultante da perda do gozo de férias, mas também a não prevê expressamente, o *Oberster Gerichtshof* conclui que o Direito austríaco não contempla a possibilidade de indemnizar o prejuízo em questão⁷.

Factos e questão prejudicial

11. A família da demandante no processo principal, a pequena Simone Leitner,

6 — BGBl. n.º 247/1993, p. 247.

7 — V. acórdãos Ob 592/88 (JBl. 1988, 779) e 3 Ob 544/88 (SZ 62/77).

adquiriu junto da ré, TUI Deutschland GmbH & Co. KG (a seguir «TUI»), através da agência de viagens austríaca KUONI, umas férias organizadas no aldeamento turístico «club Robinson Pamfiliya» (a seguir «clube»), em Side, na Turquia, para o período de 4 a 18 de Julho de 1997.

12. Em 4 de Julho de 1997, os Leitner chegaram à sede do clube, onde começaram as férias e tomaram todas as refeições. No entanto, aproximadamente oito dias depois do começo das férias, a demandante começou a apresentar sintomas de uma intoxicação por salmonelas, causada pela comida servida no clube. A doença, que se prolongou para além do fim das férias, em 18 de Julho de 1997, e atingiu muitos outros clientes do clube, traduziu-se por febre até 40° durante vários dias, com perturbações circulatorias, diarreia, vômitos, acompanhados por estado de ansiedade. As condições da menina exigiram a assistência dos pais durante o resto das férias.

13. Duas semanas depois das férias os interessados enviaram à TUI uma carta de reclamação que, no entanto, ficou sem resposta. A 17 de Julho de 1998, a menina Leitner intentou uma acção contra a TUI, requerendo, entre outras coisas, o pagamento de uma indemnização por danos sofridos no valor de 25 000 ATS. Esta soma, estabelecida na sequência de uma

peritagem, abrangia, além dos danos não patrimoniais pela doença (*Schmerzensgeld* ou *pretium doloris*), também os danos não patrimoniais pela falta do gozo de férias.

14. Pronunciando-se no âmbito do artigo 1325.º do ABGB, o órgão jurisdicional de primeira instância atribuiu à autora uma indemnização por danos não patrimoniais limitada a 13 000 ATS. Quanto ao ressarcimento dos danos não patrimoniais por falta do gozo de férias, indeferiu o pedido por, pelas razões indicadas na jurisprudência do Oberster Gerichtshof acima referida (v. n.º 10), tal tipo de danos só ser ressarcível quando expressamente mencionado pela lei, o que não acontece neste caso.

15. A demandante interpôs recurso desta decisão para o Landesgericht de Linz. Este último entendeu que o órgão jurisdicional de primeira instância tinha interpretado correctamente a referida jurisprudência nacional; questionou, todavia, se o artigo 5.º da Directiva 90/314 não era susceptível de conduzir a uma solução diversa. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, de facto, a circunstância de o artigo 5.º, n.º 2, quarto parágrafo, da directiva admitir a possibilidade de uma limitação contratual para o pagamento de indemnizações por danos não corporais, na condição de tal limitação não ser desrazoável, podia levar à conclusão de que a directiva estabelece em princípio a responsabilidade dos operadores por eventuais danos não patrimoniais.

16. Segundo o Landesgericht, esta dúvida funda-se também em considerações de carácter comparativo. O Landesgericht observa, com efeito, que na República Federal da Alemanha as disposições combinadas dos §§ 253 e 651, n.º 2, do Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão, a seguir «BGB») consente o ressarcimento dos danos no caso de a viagem não se realizar ou de ser seriamente perturbada. Ora, o facto de em, pelo menos, dois Estados-Membros da União Europeia estar prevista uma responsabilidade de alcance diverso para os organizadores de viagens parece incompatível com a já referida dupla finalidade da directiva, que consiste, por um lado, em eliminar disparidades entre as legislações dos Estados-Membros para evitar obstáculos à livre prestação de serviços e distorções de concorrência e, por outro, em assegurar um nível uniforme de protecção do consumidor. É, portanto, necessário resolver a dúvida sobre o alcance da directiva.

17. Ora, mesmo que implicasse o ressarcimento dos danos não patrimoniais, a directiva não era oponível à agência de viagens, tendo em conta a jurisprudência comunitária que recusa admitir o efeito horizontal das directivas. Todavia, podia igualmente intervir a obrigação de o órgão jurisdicional nacional interpretar o direito nacional de modo conforme com o direito comunitário. A este propósito, o Landesgericht refere especialmente o acórdão do Tribunal de Justiça no processo *Silhouette International Schmied*, no qual se afirma que, apesar de uma directiva não poder, por si só, criar obrigações para um particular, não podendo, portanto, ser contra ele invocada, no entanto, o órgão jurisdicional nacional é obrigado, na medida do

possível, a interpretar as normas do direito nacional à luz do texto e da finalidade da directiva, para atingir o resultado por ela prosseguido⁸.

18. Considerando, portanto, necessária a interpretação da directiva em causa para a resolução do caso perante si pendente, o Landesgericht submeteu ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.º CE, a seguinte questão prejudicial:

«Deve interpretar-se o artigo 5.º da Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, no sentido de abranger, em princípio, a indemnização de danos não patrimoniais?»

Argumentação jurídica

Introdução

19. Durante o presente processo prejudicial, para além das partes no processo

⁸ — Acórdão de 16 de Julho de 1998 (C-355/96, Colect., p. I-4799, n.º 36).

principal, apresentaram observações os Governos austríaco, belga, finlandês, francês e a Comissão. Destas observações emergiram diversas posições: a demandante, o Governo belga e a Comissão, baseando-se na finalidade e redacção da Directiva 90/314, entendem que o artigo 5.º deve ser interpretado no sentido de que o dano nele mencionado compreende também o dano moral derivado da falta de gozo de férias; as outras partes, invocando o carácter mínimo da harmonização realizada pela directiva, contestam tal interpretação e sustentam que do artigo 5.º pode, no máximo, deduzir-se a mera faculdade de os Estados-Membros preverem na sua legislação o ressarcimento desse tipo de danos.

20. Na óptica desta última tese, portanto, a natureza da harmonização prevista na directiva parece assumir tal relevância que condiciona a solução da questão prejudicial colocada pelo Landesgericht. Convém, no entanto, examinar preliminarmente tal argumento para depois proceder à análise pormenorizada do artigo 5.º da directiva e das obrigações nela previstas.

Sobre a natureza da harmonização realizada pela directiva

21. Ainda que com algumas matizes, a demandada, TUI, e os Governos austríaco, finlandês e francês concordam em conside-

rar que a harmonização das legislações nacionais prosseguida pela directiva apenas procura definir um nível mínimo de protecção do consumidor de viagens organizadas. Por conseguinte, tudo o que não é expressamente disciplinado na directiva, em especial o tipo de dano ressarcível, permanece na competência dos legisladores nacionais. Segundo esta tese, com efeito, se o legislador nacional tivesse querido realizar uma harmonização completa das legislações nacionais nesta matéria teria adoptado uma disciplina muito mais detalhada; pelo contrário, a directiva limita-se a impor um conjunto de regras comuns relativas ao conteúdo, à conclusão e execução do contrato de viagem organizada no conjunto dos Estados-Membros, sem exaurir toda a matéria, em especial as questões relativas à responsabilidade civil. Na falta de referência explícita à ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, não só se não pode inferir tal ressarcibilidade, devendo-se mesmo excluí-la, presumindo que o legislador comunitário não entendeu discipliná-la com regras comuns. Por outro lado, o Governo austríaco observa especialmente que nem o texto da directiva, nem os trabalhos preparatórios relativos à respectiva aplicação⁹ oferecem indicações em sentido contrário.

22. Não contestamos naturalmente — já o antecipámos — que a directiva em exame tenha intentado realizar, não uma harmonização completa das legislações nacionais

⁹ — Rapport de mise en œuvre de la directive 90/314 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait dans la législation nationale des États membres de l'UE, SEC (1999) 1800 final.

em causa, mas tão só uma harmonização mínima, procurando definir um padrão de base de protecção do consumidor com um núcleo essencial de normas comuns destinadas a disciplinar alguns aspectos fundamentais da matéria. Porém, afirmado isto, nada se disse ainda de decisivo relativamente à resolução da questão prejudicial em exame. Mesmo reduzida a «um mínimo de normas comuns», com efeito, a directiva impõe ainda assim uma harmonização legislativa e os Estados-Membros têm de acatá-la, embora conservando a faculdade de adoptar ou manter disposições mais rigorosas para defesa do consumidor (artigo 8.º). Dito de outra forma, harmonização mínima não significa ausência de harmonização e ainda menos que as prescrições da directiva não têm carácter imperativo ou que só dizem respeito às matérias para que prevêm uma disciplina uniforme completa. É, no entanto, neste erro que cai, a nosso ver, a tese acima recordada quando, do simples facto de a directiva em exame não conter uma disciplina uniforme completa para o ressarcimento dos danos, deduz que não quis ocupar-se da questão do alcance da responsabilidade e que, portanto, tal questão permanece na competência de cada Estado-Membro.

definir o alcance da harmonização pretendida pela directiva, isto é, determinar o conteúdo normativo mínimo nela estabelecido, com o fim de apurar se nele se enquadra ou não a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, tendo presente que, neste âmbito, as obrigações impostas aos Estados-Membros podem ser derrogadas, mas num só sentido: o da maior protecção do consumidor. E se é assim, como cremos, relativamente à parte abrangida pelas disposições da directiva, o problema não resulta então da eventual diversidade entre as legislações nacionais (como a invocada pelo Landesgericht entre as legislações austríaca e alemã), mas do facto de que, se assim for, uma delas não respeita as obrigações impostas pela directiva.

O alcance do artigo 5.º da Directiva 90/314

23. Em vez disso, a verdade é que o problema que se deve colocar para responder à questão apresentada pelo órgão jurisdicional de reenvio é justamente a de

24. Passando à análise do alcance normativo da directiva naquilo que aqui interessa, convém notar que, ainda que algumas das suas disposições deixem uma margem de discricionariedade aos Estados-Membros, o artigo 5.º prescreve um conjunto de normas relativas à obrigação de reparar os danos causados ao consumidor que apresentam, mesmo numa leitura sumária, um conteúdo detalhado e preciso. Esta disposição não esclarece, contudo, se entre os «danos que a não execução ou a incorrecta execução do contrato causem ao consumidor» de viagens organizadas, referidos no n.º 2, primeiro parágrafo, se compreendem também

os danos não patrimoniais e se, portanto, os Estados-Membros estão ou não obrigados a prever a responsabilidade do organizador e/ou vendedor do contrato de viagem organizada também relativamente a esses danos. Coloca-se, portanto, o problema de definir o alcance do conceito de «danos» utilizado na referida disposição, isto é, põe-se um típico problema de interpretação do direito comunitário, que deve ser resolvido de acordo com os critérios habituais em semelhantes casos.

25. A este propósito, recorde-se que, segundo jurisprudência bem conhecida do Tribunal de Justiça, «decorre das exigências tanto da aplicação uniforme do direito comunitário como do princípio da igualdade que os termos de uma disposição do direito comunitário que não contenha qualquer remissão expressa para o direito dos Estados-Membros para determinar o seu sentido e alcance devem normalmente encontrar, em toda a comunidade, uma interpretação autónoma e uniforme...»¹⁰, tendo em conta o contexto da disposição e o objectivo prosseguido pela regulamentação em que se insere. Exclui-se, portanto, o reenvio para cada direito nacional porque «a ordem jurídica comunitária não pretende, em princípio, definir as suas qualificações inspirando-se numa ordem jurídica

nacional ou em várias de entre elas, sem precisão expressa»¹¹.

26. Observe-se, em particular, que a interpretação da directiva em questão deve obedecer ao critério geral que prescreve que, em caso de dúvida, as suas disposições se devem entender no sentido mais favorável ao destinatário da protecção, isto é, ao consumidor do serviço turístico. Tal resulta, não só da análise sistemática do texto e das finalidades da directiva, como também da referida circunstância de ter sido adoptada em aplicação do artigo 100.º-A, cujo n.º 3 exige que as medidas de harmonização em matéria de protecção do consumidor se baseiem num nível de protecção elevado¹².

O conceito de dano na Directiva 90/314

27. Dito isto, parece-nos que numerosos argumentos de carácter textual e sistemático fazem pender para uma interpretação ampla do conceito em exame e, portanto,

10 — Acórdãos do 9 de Novembro de 2000, Yiadom (C-357/98, Colect., p. I-9265, n.º 26); de 19 de Setembro de 2000, Linster (C-287/98, Colect., p. I-6917, n.º 43); de 18 de Janeiro de 1984, Ekro (327/82, Recueil, p. 107, n.º 11); e, referindo-se especificamente ao direito privado, os acórdãos de 23 de Março de 2000, Diamantis (C-373/97, Colect., p. I-1705, n.º 34); e de 12 de Março de 1996, Pafatis e o. (C-441/93, Colect., p. I-1347, n.ºs 68 a 70).

11 — Acórdão de 2 de Abril de 1998, EMU Tabac e o. (C-296/95, Colect., p. I-1651, n.º 30); v. também os acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Janeiro de 1982, Corman (64/81, Recueil, p. 13, n.º 8); e do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Março de 1990, Schwedler/Parlement (T-41/89, Colect., p. II-79, n.º 27).

12 — V., no que se refere a este critério interpretativo, as conclusões do advogado-geral A. Saggio no processo Rechberger e o. (C-140/97, Colect. 1999, p. I-3502, n.º 17).

para uma resposta positiva à questão posta pelo Landesgericht.

28. Começando por uma análise literal da directiva, verifica-se logo que, tanto no texto, como no preâmbulo, se utiliza várias vezes, de modo genérico, o termo «dano», enquanto no n.º 2, quarto parágrafo, do artigo 5.º, e só neste, aparece uma disposição específica para «os danos diversos dos danos corporais».

29. Já o facto de, na directiva, normalmente se empregar de modo genérico e sem a mínima restrição o termo «danos» devia conduzir — e, neste ponto, concordamos com as observações da Comissão e do Governo belga — a interpretar o referido conceito de uma maneira extensiva, isto é, pendendo para a tese de que, pelo menos em princípio, a directiva quis abranger todos os tipos de danos que apresentem umnexo causal com a não execução ou incorrecta execução do contrato.

30. Neste sentido depõe também indirectamente a referência do artigo 5.º, n.º 2, quarto parágrafo, a «danos não corporais». Segundo a lógica, com efeito, tal referência devia levar à conclusão de que o conceito de dano utilizado na directiva compreende tanto os danos corporais como os não

corporais. Ora, mesmo com a cautela que se impõe numa matéria que apresenta, até no plano terminológico, uma notável diversidade entre as diversas experiências jurídicas e mesmo no interior destas¹³, cremos poder dizer-se, com a Comissão, que os «danos corporais» são os danos causados à pessoa, isto é, são danos que lesam não só a integridade física mas psíquica da pessoa, ou seja, incluem a perturbação psíquica sofrida em consequência da lesão da integridade física (*pretium doloris*, *Schmerzensgeld*). Assim, neste conceito já se encontra compreendido o conceito de dano moral. Por maioria de razão, tal ideia encontra-se abrangida pelo conceito de «danos não corporais», a que a directiva faz uma menção residual, mas igualmente não limitativa, e que, portanto, engloba todos os danos não corporais, sejam de natureza patrimonial ou não patrimonial. Segue-se, observa a Comissão, que, sobretudo no segundo caso, a directiva não excluiu o aspecto imaterial do dano, confirmando que quis adoptar um conceito lato do mesmo. Não se vê, portanto, por que razão deve, no caso de falta de gozo das férias, ser a ressarcibilidade do dano excluída ou limitada a alguns elementos especiais (*pretium doloris*), visto que, justamente nestes casos, existem grandes pro-

13 — Um recente estudo do Parlamento Europeu, referido na Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre direito contratual europeu, de 11 de Julho de 2001 [COM(2001) 398 final, p. 11], observa que: «as legislações europeias sobre a responsabilidade civil não têm ainda um conceito razoavelmente uniforme de 'dano' ou uma ideia quanto à sua definição, o que naturalmente ameaça fazer gorar todos os esforços de elaborar directivas europeias neste domínio». Mais especificamente, mas no mesmo sentido, a doutrina autorizada afirma que a matéria do dano não patrimonial é aquela em que são mais distantes e confusos os critérios de avaliação, com categorias diversas em cada sistema, sendo num sistema imputadas ao dano patrimonial e noutro ao dano não patrimonial [v. Alpa, G., «Il danno alla persona nella prospettiva europea», in A. Tizzano (cur.), *Il diritto privato dell' Unione europea*, Torino 2000, vol. I, pp. 787 e segs., em especial p. 803].

babilidades de se verificar o referido prejuízo.

31. Nesta perspectiva, parece-me significativo que a directiva diferencie o regime das duas mencionadas categorias de dano unicamente em função da indemnização. Com efeito, embora, relativamente aos danos em geral, os Estados-Membros só possam, nos termos do artigo 5.º, n.º 2, admitir limitações à indemnização em conformidade com as convenções internacionais sobre esta matéria (terceiro parágrafo), já relativamente aos danos não corporais as limitações da indemnização podem ser estabelecidas por via contratual, desde que não ultrapassem os limites do razoável (quarto parágrafo), e isto, como sugere o Governo belga, em virtude do carácter subjectivo e dificilmente quantificável do dano moral e, portanto, da oportunidade de admitir, a este respeito, limitações razoáveis ao ressarcimento.

32. Esta disposição comporta justamente, em nossa opinião, um argumento válido em apoio da ideia de que o conceito de dano utilizado na directiva é um conceito amplo, que compreende também o dano moral. Com efeito, ao mesmo tempo que, no artigo 5.º, n.º 2, quarto parágrafo, a directiva fixa a referida limitação, reconhece implicitamente que existe um direito ao ressarcimento de danos diversos dos corporais; a indemnização pode ser, com efeito, limitada, parcialmente e em medida

razoável, mas não pode ser absolutamente denegada, porque a sua total exclusão nunca pode ser considerada conforme com o critério da razoabilidade.

33. Acrescente-se, para concluir este ponto e replicar a uma observação feita no decurso da causa, que, contra a tese da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, não é válido argumentar que a mesma deixaria subsistir uma margem excessiva de incerteza, visto que a directiva estabelece o princípio do ressarcimento destes danos sem nada precisar quanto às outras condições para o efeito necessárias, em especial — sob reserva do que acaba de ser dito — quanto à indemnização. O argumento, na realidade, não é procedente, visto que a directiva tão pouco fornece semelhantes precisões relativamente a outros tipos de danos cuja ressarcibilidade não suscita dúvidas. Recorde-se, de resto, que, em matéria de responsabilidade, para além de algumas regras fundamentais, os critérios de definição do dano e os respectivos sistemas de avaliação e quantificação são extremamente diversos nos vários Estados-Membros e, por norma, confiados a uma apreciação judicial altamente discricionária, mesmo quando tenham sido impostos critérios e tabelas de cálculo por via autoritária. Também por este motivo se generaliza a exigência de uma intervenção comunitária na matéria para reagir às discrepâncias, quando não às clamorosas desigualdades, que são consequência daquilo a que já foi definido como autêntico «caos valorativo»¹⁴.

14 — V., neste sentido, Alpa, G., *op. e loc. cit.* Quanto à exigência de que falamos, v. também a Comunicação da Comissão referida na nota precedente, em especial o capítulo 3.

A comparação com a Directiva 85/374

34. Parece-nos que as considerações precedentes não podem ser desmentidas pelo argumento invocado pelos Governos austríaco e francês que se funda no artigo 9.º da referida Directiva 85/374, relativa à responsabilidade por produtos defeituosos, que deixa explicitamente aos Estados-Membros liberdade para regularem os aspectos da responsabilidade civil conexos com os danos não patrimoniais ou imateriais causados por produtos defeituosos¹⁵. Ora, parece-nos que o argumento, na realidade, se volta contra aqueles que o esgrimem. Com efeito, é incontestável que a Directiva 85/374 confere aos Estados-Membros a faculdade que mencionámos, mas isso não significa, de todo, que a mesma liberdade lhes seja atribuída pela directiva que é objecto do presente processo. Limitamo-nos, a este propósito, a observar que as duas directivas não só foram adoptadas em alturas diferentes como regulam também tipos diferentes de responsabilidade: a Directiva 85/374 regula a responsabilidade extracontratual de natureza objectiva (ainda que atenuada) do produtor, enquanto a Directiva 90/314

regula a responsabilidade contratual por culpa do organizador e/ou vendedor de viagens organizadas. Diferentes, portanto, são os princípios e regras de base nelas contidas, assim como a sua formulação: a Directiva 85/374 preocupa-se em definir de modo pontual todas as categorias de danos ressarcíveis, sejam danos causados a pessoas ou a coisas, remetendo para o direito nacional no referente ao dano moral¹⁶; a Directiva 90/314, pelo contrário, abstêm-se de toda a especificação e utiliza o conceito de dano de modo genérico e indiferenciado.

35. A escolha de formular diferentemente as duas directivas não é, portanto, acidental. É claro, com efeito, que o legislador comunitário, quando quis distinguir, como na Directiva 85/374, os danos pelos quais o produtor deve ser considerado responsável daqueles cuja disciplina é remetida para o direito nacional, fê-lo expressamente. Se, pelo contrário, na posterior Directiva 90/314, o legislador decidiu referir-se de modo genérico ao conceito de «danos», deve daqui deduzir-se que agiu assim para abranger neste conceito todos os possíveis tipos de danos resultantes da falta de cumprimento da obrigação contratual, isto é, quis adoptar um conceito amplo e abrangente de dano.

15 — Depois do artigo 1.º da directiva ter estabelecido que «o produtor é responsável pelo dano causado por um defeito no seu produto», o artigo 9.º precisa que por «dano» se entende:

- a) o dano causado pela morte ou lesões corporais;
- b) o dano causado a uma coisa ou a destruição de uma coisa que não seja o próprio produto defeituoso, com a dedução de uma franquia de 500 [euros], desde que essa coisa:
 - i) seja de um tipo normalmente destinado ao uso e consumo privados, e
 - ii) tenha sido utilizada pela vítima principalmente para seu uso ou consumo privados. O presente artigo não prejudica as disposições nacionais relativas aos danos não patrimoniais».

16 — V., sobre este ponto, o acórdão de 10 de Maio de 2001, *Veedfald* (C-203/99, *Colect.*, p. I-3569, n.º 32).

36. À luz dos argumentos precedentes, somos levados a concluir que o conceito de danos por que o organizador e/ou vendedor deve ser considerado responsável em virtude da inexecução ou incorrecta execução do contrato de viagem organizada, a que se refere o artigo 5.º da Directiva 90/314, compreende também os danos não patrimoniais derivados da falta de gozo das férias.

Outros argumentos a favor da ressarcibilidade do dano moral

37. Esta conclusão é, em nossa opinião, corroborada por outros argumentos, designadamente pela própria jurisprudência comunitária, por certas convenções internacionais relevantes na matéria, bem como pelos desenvolvimentos verificados na legislação e na jurisprudência dos Estados-Membros.

38. Quanto à jurisprudência comunitária, recorde-se que, ainda que seja relativamente à responsabilidade extracontratual da Comunidade, nela se encontram claras tomadas de posição em favor de uma extensão do conceito de dano por forma a incluir o dano moral. Com efeito, em várias ocasiões o Tribunal de Primeira Instância reconheceu que a referida responsabilidade pode ser estendida também aos danos

imateriais, desde que em presença de um prejuízo real e certo. Foi assim, pelo menos em princípio, considerado ressarcível o dano derivado da perda de possibilidade de prosseguir os estudos, assim como o resultante da perda de imagem ou reputação de uma sociedade¹⁷.

39. Quanto às indicações fornecidas pelas convenções internacionais, recorde-se que, embora digam principalmente respeito a aspectos conexos com o transporte ou com objectos materiais e, portanto, não interessem directamente para fins de reparação do dano de falta de gozo de férias, seja a Convenção de Varsóvia de 1929 sobre os transportes aéreos internacionais¹⁸, a Convenção de Berna de 1961 sobre os transportes ferroviários, a Convenção de Atenas de 1974 relativa aos transportes marítimos ou a Convenção de Paris de 1962 sobre a responsabilidade dos industriais de hotelaria — todas elas mencionadas no décimo oitavo considerando da Directiva 90/314 — tais convenções fazem referência a um conceito geral de dano e, portanto, não excluem o dano moral. Maior interesse tem, além disso, a Convenção internacional

17 — V., especialmente, os acórdãos de 21 de Março de 1996, Farrugia/Comissão (T-230/94, Colect., p. II-195, n.º 46); de 28 de Janeiro de 1999, BAI/Comissão (T-230/95, Colect., p. II-123, n.º 38); e de 29 de Outubro de 1998, TEAM/Comissão (T-13/96, Colect., p. II-4073, n.º 77).

18 — Esta convenção foi adaptada pela Convenção para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional (Convenção de Montreal), de 28 de Maio de 1999, assinada pela Comunidade Europeia em 9 de Dezembro de 1999 e aprovada por decisão do Conselho de 5 de Abril de 2001 (JO L 194, p. 38).

relativa ao contrato de viagem¹⁹ estabelece no n.º 1 do artigo 13.º que a responsabilidade contratual do organizador da viagem compreende «tout préjudice causé au voyageur», estabelecendo ao mesmo tempo, no n.º 2, os limites máximos da indemnização para os danos corporais, os danos materiais e todos os outros danos.

parte, os resultados dessa pesquisa, que a referida evolução encontrou nalguns Estados consagração a nível legislativo, enquanto noutros se expressou essencialmente por via jurisprudencial.

40. Mas os desenvolvimentos mais interessantes encontram-se, em nossa opinião, na evolução da legislação e jurisprudência dos Estados-Membros, nas quais, apesar da variedade das soluções, não só se ampliam, em geral, as hipóteses de ressarcimento dos danos não patrimoniais, mas, mais especificamente, se regista desde há alguns decénios uma crescente atenção à ressarcibilidade do «dano por férias arruinadas», entendido justamente como o prejuízo não patrimonial sofrido pelo turista por não ter podido gozar plenamente, em consequência do incumprimento contratual do operador turístico, o benefício da viagem organizada como ocasião de lazer e repouso. Sem nos alongarmos numa pesquisa comparativa a este propósito, à qual de resto a Comissão já procedeu nas suas grandes linhas, bastanos observar, assumindo, ao menos em

41. Entre os primeiros, recordo especialmente a Alemanha, em que, desde 1979, uma alteração do Código Civil (§ 651 f, n.º 2, do BGB) permitiu atribuir ao turista, em caso de viagem anulada ou consideravelmente prejudicada, o direito de pedir o adequado ressarcimento pelo tempo de férias infrutuosamente passado. A jurisprudência tratou de, por sua vez, afinar e especificar o conceito de do dano de «férias arruinadas» com a individualização de uma série de indicadores do mesmo (distância do mar, qualidade da comida, barulho, falta de varandas e janelas, etc.). Também na Bélgica²⁰, em Espanha²¹ e nos Países Baixos²² se encontram hoje em dia disposições que reconhecem o direito ao ressarcimento dos danos em causa.

42. Quanto ao outro grupo de Estados-Membros, devemos obviamente mencionar a seguir o Reino Unido, cuja jurisprudência é notoriamente a mais aberta (embora não tanto como a dos Estados Unidos) em

19 — Convenção internacional relativa ao contrato de viagem (CCV), assinada em Bruxelas a 23 de Abril de 1970. Adoptada no quadro da Unidroit e tendo entrado em vigor a 24 de Fevereiro de 1976, esta convenção só recolheu, no entanto, um número limitado de adesões.

20 — Lei de 16 de Fevereiro de 1994, «régissant le contrat d'organisation de voyage et le contrat d'intermédiaire de voyage», artigo 19.º, n.ºs 4 e 5.

21 — Lei n.º 21/95, de 6 de Julho de 1995, «reguladora de los viajes combinados», artigo 11.º, n.º 2.

22 — Artigo 7510.º do Código Civil (Burgerlijk Wetboek).

matéria de ressarcimento do dano não patrimonial²³. A Irlanda coloca-se numa posição não muito diferente, mas também nos Estados-Membros com tradição de *civil law* se assiste a uma evolução jurisprudencial similar. Igualmente em França, apesar do dano de férias arruinadas não encontrar regulamentação legislativa explícita, se afirma uma jurisprudência que afirma abertamente a sua ressarcibilidade²⁴. O mesmo sucede na Itália, onde a questão é condicionada pelo facto de o Código Civil limitar a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais às consequências civis do ilícito penal, salvo nos casos excepcionais previstos pela lei, mas onde, apesar disso cada vez mais, se salientam, na jurisprudência, decisões que admitem o ressarcimento do dano de férias arruinadas²⁵.

43. No termo deste *excursus* sumário, parece-nos poder confirmar aquilo que observámos mais acima sobre a existência de uma tendência difusa, mais ou menos avançada nos vários ordenamentos jurídicos, para o alargamento da responsabilidade por este tipo de dano e, mais especificamente, pelo dano de férias arruinadas. Esta tendência liga-se com uma evolução complexa da matéria da responsabilidade, mas também, de um ponto de vista mais geral, com o desenvolvimento impetuoso do turismo e o facto de as férias, viagens ou estadias turísticas terem deixado de constituir privilégio de um círculo restrito, mas serem objecto de consumo por parte de um número crescente de pessoas que nelas empenham parte da sua poupança e das suas férias laborais ou escolares. É justamente o facto de as férias terem hoje em dia assumido uma função socioeconómica específica e se terem tornado tão importantes para a qualidade de vida das pessoas que faz que o seu efectivo gozo seja por si um valor digno de tutela.

23 — A Comissão menciona a este respeito, especialmente, Court of Appeal, *Jarvis v. Swan Tours* (197) QB 233, 1973 All ER 71; *Jackson v. Horizon Holidays* (1975) 1 WLR 1468, (1975) All ER 92.

24 — V., por exemplo, entre os precedentes alegados nas observações apresentadas pelo Governo francês no presente processo, tribunal d'instance de Paris 15^e, 17 de Maio de 1995, *M. Bleu c. Nouvelles Frontières*; tribunal d'instance de Paris, 4 de Janeiro de 1996, *S. Blanc c. SA Nouvelles Frontières Touraventure*; tribunal d'instance de Saint-Étienne, 30 de Abril de 1998, *M^{me} Kadiver c. SA Havas Voyage*; tribunal d'instance de Paris 6^e, 29 de Setembro de 1998, *A. Bouchara c. SA Forum Voyages*; tribunal d'instance de Paris 9^e, 26 de Julho de 1999, *M^{me} et M. Benabou c. Compagnie AXA Assurance et a.*; tribunal d'instance de Neuilly sur Seine, 26 de Maio de 1999, *M^{me} et M. Vasseur c. Société SOVAP Atlantide 2000 Sarl*.

25 — V., por exemplo, Tribunale di Roma, 6 de Outubro de 1989, in *Resp. civ. e prev.*, 1991, p. 512; Tribunale di Bologna, 15 de Outubro de 1992, in *I contratti*, 1993, p. 327; Tribunale di Torino, 8 de Novembro de 1996, in *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 818; Pretore di Roma, 11 de Dezembro de 1996, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1997, I, p. 875; Tribunale di Milano, 4 de Junho de 1998, in *I contratti*, 1999, p. 39; Giudice di pace di Siracusa, 26 de Março de 1999, in *Giust. Civ.*, 2000, I, p. 1205; em sentido contrário, ver a recente decisão do Tribunale di Venezia, 24 de Setembro de 2000, in *I contratti*, n.º 6/2001, p. 580, com uma nota crítica ampla e bem documentada de E. Guerinoni.

44. Ora, são exactamente estas razões, se bem que não as únicas, que, como vimos, inspiraram a Directiva 90/314: o aspecto mais estritamente económico constituído pela eliminação dos obstáculos à livre prestação de serviços turísticos é, com efeito, acompanhado pelo aspecto da tutela do consumidor/turista. O gozo de férias bem passadas qualifica-se assim, também no contexto jurídico do direito comunitário, como um valor digno de tutela e o dano

resultante da falta de gozo assume, no quadro do contrato de viagem organizada, uma tal especificidade que justifica a sua indemnização. Deste ponto de vista, uma interpretação que leve a excluir a ressarcibilidade de tal prejuízo do âmbito de aplicação da Directiva 90/314, para além de não corresponder à letra nem ao espírito da mesma, privaria esta regulamentação de parte do seu efeito útil, contradizendo o disposto no artigo 95.º, n.º 3, CE que requer, como se viu, que as medidas de harmonização em matéria de tutela do consumidor tomem por base um nível de protecção elevado.

45. Concluimos, portanto, dever responder-se ao órgão jurisdicional austríaco que o artigo 5.º da Directiva 90/314 deve ser interpretado no sentido de que o organizador e/ou vendedor devem ser considerados responsáveis também pelos danos não patrimoniais causados ao consumidor pela não execução ou incorrecta execução do contrato de viagem organizada.

46. Antes de terminar, cabe ainda consagrar algumas palavras à questão levantada pelo Landesgericht a propósito da obrigação de órgão jurisdicional nacional interpretar o seu próprio direito em conformidade com a directiva (v., *supra*, n.º 17). Na verdade, a solução desta questão parece-nos evidente, visto que existe na matéria uma jurisprudência consolidada e inequívoca

do Tribunal de Justiça, da qual não há razão para nos afastarmos²⁶. Recorde-se, com efeito, que, como afirmou o Tribunal de Justiça no acórdão referido pelo próprio Landesgericht, «ao aplicar o direito nacional, quer se trate de disposições anteriores ou posteriores à directiva, o órgão jurisdicional nacional chamado a interpretá-lo é obrigado a fazê-lo, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da directiva, para atingir o resultado por ela prosseguido e cumprir desta forma o artigo 189.º, terceiro parágrafo, do Tratado CE»²⁷. Se, por conseguinte, o Tribunal de Justiça partilhar a análise precedente, e independentemente de os interessados invocarem o efeito directo da directiva, o órgão jurisdicional de reenvio deve interpretar o direito austríaco à luz do texto e da finalidade da directiva e, por conseguinte, reconhecer ao consumidor (sob reserva, bem entendido, de se encontrarem preenchidas as demais condições) o direito ao ressarcimento dos danos não patrimoniais causados pela não execução ou incorrecta execução, pelo organizador e/ou vendedor, do contrato de viagem organizada.

26 — V., entre outros, os acórdãos de 10 de Abril de 1984, Von Colson e Kamman (14/83, Colect., p. 1891, n.º 26); de 13 de Novembro de 1990, Marleasing (C-106/89, Colect., p. I-4135, n.º 8); de 11 de Julho de 1996, MPA Pharma (C-232/94, Colect., p. I-3671, n.º 12); Silhouette International Schmied (já referido, n.º 36); e de 10 de Fevereiro de 2000, Deutsche Post (C-270/97 e 271/97, Colect., p. I-929, n.º 61 a 64).

27 — Acórdão Silhouette International Schmied, já referido, n.º 36.

Conclusão

47. À luz das considerações precedentes, propomos que o Tribunal de Justiça responda da seguinte maneira à questão prejudicial submetida pelo Landesgericht de Linz:

«O artigo 5.º da Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, deve ser interpretado no sentido de que o organizador e/ou vendedor devem ser considerados responsáveis também pelos danos não patrimoniais causados ao consumidor pela não execução ou incorrecta execução do contrato de viagem organizada.»