

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

**FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA**

ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

DIRETOR
ANTÓNIO PINTO MONTEIRO



CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

TÍTULO

Estudos de Direito do Consumidor

EDIÇÃO

Centro de Direito do Consumo

DIRETOR

António Pinto Monteiro

CONSELHO DE REDAÇÃO

Paulo Mota Pinto

Pedro Maia

Mafalda Miranda Barbosa

Sandra Passinhas

CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

João Rijo Madeira

CONTACTOS

cdc@fd.uc.pt

www.cdc.fd.uc.pt

Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Tipografia Lousanense

ISSN

1646-0375

DEPÓSITO LEGAL

432448/17

© SETEMBRO 2017

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

DOUTRINA

APRESENTAÇÃO

Os Estudos de Direito do Consumidor continuam a seguir — e a fazer — o seu caminho! Depois de dois números terem surgido em 2016, um deles em edição especial, relativo às Actas do Colóquio sobre “Resolução Alternativa de Litígios do Curso”, cá estamos, de novo, a cumprimentar os nossos Leitores, com o número dos Estudos respeitante a 2017. Tudo em dia!

Continuamos abertos, como sempre, à contribuição de Colegas de outras Universidades. E desta vez temos connosco também Estudantes do Curso de Pós-Graduação sobre “Direito dos Contratos e do Consumo”, do nosso CDC – Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Também como sempre, contamos com o juízo generoso com que o Leitor nos tem privilegiado.

Coimbra, FDUC, em 15 de Setembro de 2017

O Director dos Estudos de Direito do Consumidor

António Joaquim de Matos Pinto Monteiro

CASINO LAW IN MACAU: FROM COMPETITION TO CONSUMER PROTECTION?

Alexandre L. Dias Pereira*

Summary: Introduction. § 1. Sources of Macau Gaming Law. § 2. Economics of Casino Gaming. § 3. The Sensitive Nature of Casino Gambling: A 'Privileged Business' of the Entertainment Industry. § 4. Basic Principles of Macau Casino Law. § 5. The Concession of Casinos. § 6. Casino Duties: Premiums, Taxes, Contributions, and Investments. § 7. Casino Transparency: Full Disclosure. § 8. Financial Provisions and Guarantees. § 9. Casino Junket promoters. § 10. Casino Gaming Credit Operations. § 11. Final Remarks

Abstract: Macau became a world-wide major gaming market with a specific renewed regulatory framework. Based upon the theory of the 'privileged business', gaming is a legal monopoly of the Executive of Macau SAR (China), and the exploitation of this activity is only available to some concessionaires that comply with strict requirements concerning suitability of actors and financial capacity. In return for gaming concessions, the concessionaires pay significant premiums, taxes and contributions, and they are bound to a program of relevant investments in the

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito e Membro do Instituto Jurídico, Universidade de Coimbra, Portugal.

Este texto serviu de base à palestra ministrada na disciplina "Comparative Gaming Law" Mestrado em Direito (LL.M.) em "Gaming Law and Regulation" da Universidade de Nevada, Las Vegas (UNLV), William S. Boyd School of Law, a convite do Prof. Anthony Cabot, no dia 23 de fevereiro de 2017.



Region. In the operation of casinos, concessionaires are subject to a high degree of control by the Executive within a relationship ruled by a principle of full disclosure and straight cooperation, and they have to comply with anti-money laundering regulations. Moreover, in order to assure accomplishment of their obligations to the Region, concessionaires provide significant financial guarantees. Despite the restrictive regulatory framework in the sense that gaming business still remains a public monopoly, the new legal framework of casino gambling has introduced competition in the gaming marketplace. Monopoly has been replaced by oligopoly and, moreover, casino regulations provide that junket promoters can work with more than one concessionaire, and that casino credit operations are not considered game usury under certain circumstances.

The introduction of competition in the casino marketplace may improve consumer welfare in the gaming sector, according to the rationale of traditional theories that justify the supremacy of free competition over monopoly in terms of promoting consumer welfare. However, the sensitive nature of casino gambling, regarding the status of consumer irrational choice, could perhaps justify a more protective legal environment from a viewpoint of consumer protection. This is particularly sensitive concerning the liberalisation of casino credit operations, for which no interest rate limit seems to be provided. Another dimension of casino consumer protection concerns the fairness of the game, so that the consumer is granted a reasonable chance to place a winning bet. Finally, on-line gaming clearly places a serious demand for consumer protection.

Keywords: casino gaming – regulations - competition – consumer protection

Introduction

Gaming, especially gambling in casinos, is a growing segment of the entertainment industry. However, gaming, as the activity of playing at games for money, has a sensitive nature for purposes of legal regulation. Gaming includes several kinds of games, such as games of fortune (e.g., Bacará, Black Jack, Fantan, Poker, Roleta), pari-mutuels betting (e.g., Greyhound, Horse Racing), and lotteries (Chinese Lotteries – Pacapio; instant lotteries; sports lotteries), each of them having its own rules. For purposes of legal regulation, it is usually distinguished among casino games of fortune, betting pari-mutuels and lotteries, and interactive games.

Gaming is a sensitive activity from the viewpoint of consumer protection. In fact, this activity is capable of exploiting the irrationality of consumers, and it can lead to public health concerns, not to mention its traditional association with illegal activities. Due to its sensitive nature, commercial gaming, especially casino gambling, is fully prohibited in several jurisdictions, or it is submitted to restrictive regulatory models that are based upon the understanding of gaming as a “privileged business” (i.e. as a State monopoly, access to the gaming market can be unilaterally prohibited or restricted by Public authorities). This hard traditional approach to the gaming business has however been softened by the evolution of gaming industries as becoming a part of the legitimate leisure and entertainment business. Nonetheless, a ma-

major concern of the regulatory framework is or should be consumer protection due to the irrationality dimension of this activity.

Drafted after our contribution to the First Conference of the Asian Academic Network on Commercial Gaming¹, this paper revisits the regulatory framework of casino games of fortune, i.e. games played at casinos (or casino gambling), in Macau, as an evolving world-wide major gaming market.² In Macau, gaming is a legal monopoly of the Executive of Macau SAR, and the exploitation of this activity is only available to three concessionaires that comply with strict requirements concerning suitability of actors and financial capacity. In return for gaming concessions, the concessionaires pay significant premiums, taxes and contributions, and are bound to a program of relevant investments in the Region. In the operation of casinos, these concessionaires are subject to a high degree of control by the Executive within a relationship ruled by a principle of full disclosure and straight cooperation; in order to assure accomplishment of their obligations to the Region, concessionaires provide significant financial guarantees.

¹ Alexandre Dias Pereira, "Casino Gaming Law in Macao", in *Law, Regulation, and Control Issues of the Asian Gaming Industry, Proceedings of the First Conference of the Asian Academic Network on Commercial Gaming*, Institute for the Study of Commercial Gaming, University of Macau, 2006, pp. 141-155.

² For a comprehensive study of gaming and casino gambling in Macau, concerning types and rules of games, history, economy, society, politics and public regulation and supervision see GOVERNO DE MACAU, *O Jogo em Macau, Inspeção dos Contratos de Jogos*, Macau, 1985. On Macau gaming law see also, notably, António Katchi, "O regime jurídico da exploração de jogos de fortuna ou azar em Macau", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, vol. 15; Manuel M. E. Trigo, "O Jogo e a Aposta no Código Civil de Macau de 1999 e a Eficácia das Obrigações", e Jorge A. F. Godinho, "Crédito para jogo em Macau", ambos no *Boletim da Faculdade de Direito* 25 (2008).

The new legal framework of casino gambling has introduced competition in the gaming marketplace. Monopoly has been replaced by oligopoly, i.e. the new legal framework has introduced competition in the casino marketplace, as only a few years ago gaming services were provided by one single concessionaire in a situation of monopoly, but now the new legal framework has created room for three gaming concessionaires. On the other hand, casino regulations provide that junket promoters can work with more than one concessionaire, and moreover casino credit operations are not considered game usury under certain circumstances.

Despite the restrictive regulatory framework in the sense that gaming business still remains a public monopoly, the introduction of competition in the casino marketplace may benefit the consumer of gaming services, according to the rationale of traditional theories that justify the supremacy of free competition over monopoly in terms of promoting consumer welfare. However, the sensitive nature of casino gambling, regarding the status of consumer irrational choice, could perhaps justify a more protective legal environment from a viewpoint of consumer protection. This is particularly sensitive concerning the liberalisation of casino credit operations, for which no interest rate limit seems to be provided. Another dimension of casino consumer protection concerns the fairness of game, so that the consumer is granted a reasonable chance to have a winning bet.

§ 1. Sources of Macau Gaming Law

The regulatory system of Casinos in Macau is shaped by a public policy perspective that spotted Macau as a world leading provider of gaming services with a view to promote the development of the Region. Upon the reunification with PR China, the legal system of Macau has been reconfigured in 1999. Macau is since then a Special Administrative Region of the PR China, and the main features of the legal system of Macau are provided in the Basic Law, which establishes a high degree of autonomy for the Region. Nonetheless, most of the Portuguese legal legacy has been accepted, namely the Civil Code, the Commercial Code, the Criminal Code, and the Administrative Code.

These Codes are of greatest importance for understanding gaming law in Macau. In special, the Commercial Code provides the basic legal lexicon of gaming companies and commercial contracts as well as other relevant notions, such as, e.g. dominant shareholders, agreements outside the company, insurance contracts, and banking independent guarantees.³ Other

³ On the Commercial Code of Macau and other relevant economic legislation, see Alexandre Dias Pereira, *Business Law: A Code Study – The Commercial Code of Macau*, Coimbra, 2004; J.H. Fan / A.D. Pereira, *Commercial and Economic Law – Macau, International Encyclopaedia of Laws series*, The Hague, Kluwer Law International, 2005. See also the 'Study Journeys' (Jornadas) on the Project of Commercial Code, *Boletim da Faculdade de Direito de Macau*, n.º 9. Specifically on gaming contracts, see Mota Pinto, Pinto Monteiro e Calvão da Silva, *Jogo e*

Codes are also of importance due the complex and multidimensional nature of gaming law.⁴

As for the specific legal framework of casino gaming in Macau, it is established by several special laws. Law 16/2001 is the “basic law” of casino gaming providing the legal framework for the operation of casino games of fortune. This general framework has been implemented by administrative Regulation 26/2001 (amended by Administrative Regulation 4/2002), concerning the regulation of the public bidding of the gaming concession contracts. On the other hand, Administrative Regulation 6/2002 defines the eligibility of the Junket promoter of casino games of fortunes, and Law 5/2004 establishes the legal framework of casino gaming credit operations, and Law 8/96/M, of July 22, provides several criminal offences and administrative infractions to gaming activities.

Aposta. Jeu et Pari. Game and Bet, Coimbra, SCML, 1982, e Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, ano XII, n.º 25, 2008; Manuel M. E. Trigo, ‘Dos contratos em especial e do jogo e aposta no Código Civil de Macau de 1999’, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, coord. António Pinto Monteiro, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, vol. 3, p. 345-396.

⁴ On gaming and casino law see Anthony N. Cabot, *Casino Gaming: Policy, Economics and Regulation*, UNLV, International Gaming Institute, Las Vegas, Nevada, 1996; Dixon, *From Prohibition to Regulation: Bookmaking, Anti-Gambling and the Law*, Oxford, 1991; Robert Javis (et al.), *Gaming Law: Cases and Materials*, Mathew Bender, 2003; N. Rose, *Gambling and the Law*®, Gambling Times, Inc.: 1986; *Internet Gambling*, 2005; *The Global Gambling Report, Global Gambling Comes of Age*, Global Betting & Gaming Consultants, 2nd Annual Review of the Global Betting and Gaming Market, July 2002; *Nevada Gaming Law, The Authoritative Guide to Nevada Gaming Law*, 3rd ed., Las Vegas, Lionel Sawyer & Collins, 2000; *International Casino Law*, (eds.) Anthony Cabot, William Thompson, Andrew Tottenham, Carl Braunlich, Editors, The Institute for the Study of Gambling and Commercial Gaming, University of Nevada, Reno, 3d ed., 1999.



On the other hand, casino operators have to comply with anti-money laundering regulations⁵. In fact, SAR Macau has implemented new anti-money laundering and counter-terrorism financing legislations, which have been enacted by Law 2/2006 and complemented by Administrative Regulation 7/2006 and related regulations, with a view to meet certain international standards concerning anti-money laundering and counter-terrorism legislation.⁶ These regulations aim at protecting businesses from being misused for money laundering and terrorism financing, as well as attempt to avoid the potential that the proceeds of the crime are used to finance criminal activities.

§ 2. Economics of Casino Gaming

According to the Gaming Inspection and Coordination Bureau, casino gaming is probably the most important industry in the economy of Macau. To begin with, it is the main source of tax revenues. The evolution of gaming tax revenues in Macau is quite significant: while in 1999 gaming tax revenues were 4.7 billion MOP (47% of global tax revenues), in 2003 they were 10.5 billion MOP (74% of global tax revenues), and these figures have increased. In 2003, casinos represented 98% of gaming tax revenues, and Bacarat VIP 77% of casino tax revenue.

⁵ Preventive Measures against Crimes of Money Laundering and Terrorist Financing, Instruction no. 2/2006, by Gaming Inspection Coordination Bureau.

⁶ See Jorge Godinho, *Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau* [Financial strategies of crime control: the current status in the Macau SAR], Leonel Alves e Paulo Cardinal (org.), *Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 139-177.



Then, gaming industries provide large contributions to projects of public interest, and they offer employment opportunities. For example, the casino industry of Macau has generated more than 10,000 job opportunities and corresponds approximately to 5% of the working population. On the other hand, gaming promotes tourism and related activities in the Region. This is illustrated by the fact that Macau receives annually around 10 million visitors, 56% coming from mainland China, 32% from Hong Kong and 5% from Taiwan, and gaming entertainment services are probably the main attraction for visiting tourists.

§ 3. The Sensitive Nature of Casino Gambling: A ‘Privileged Business’ of the Entertainment Industry

Despite the economic importance of the gaming industry in Macau, public policy concerns feature a legal framework that takes into consideration the sensitive nature of gaming. Casino gaming law in Macau follows a restrictive regulatory model, following the theory of gaming as a “privileged business”. At the same time, the regulatory model in force in Macau seems to be influenced by the evolution of the gaming industry, in which the gaming enterprise becomes a “tourism enterprise”⁷. However, it does not mean the full liberalisation of casinos, as casino gaming is still perceived as a “privileged business”, in the sense that, as a Nevada Court ruled in 1931, the “State may regulate

⁷ Sasaki Kazuaki, *Application of Balanced Scorecard in Gaming Enterprise as Tourism Enterprise*, Conference Paper, *First Asian Academic Network Conference on Commercial Gaming*, jointly organized by the Osaka University of Commerce (Japan) and the University of Macau (PR China), in 2005 July 21 to 25.

or suppress it without interfering with any of those inherent rights of citizenship which is the object of government to protect and secure" (*Grimes v. Board of Commissioners*, 1931).⁸

In today's complex societies old approaches that used to base the restriction or even eradication of gaming upon moral notions of sin and evil are gradually replaced by new perspectives that approach gaming regulation from the view point of public health concerns, in the sense that gaming can be an addiction and become an illness, as gamblers can get addicted to the adrenaline of gaming (recalling *The Gambler*, from Dostoevski). These concerns, instead of justifying the full prohibition of gaming, only provide arguments in favour of restrictive regulatory models. Nowadays, casino gaming is considered an entertainment industry, i.e., an ordinary leisure industry and it is even argued that it should "be treated as an ordinary business".⁹ The movie *Casino*, with Robert de Niro and Sharon Stone, provides an illustration of the evolution of the casino industry.

This appears to be the conclusion of a number of studies made by the Royal English Commission, and ended with the Gaming and Lotteries Act in 1984. But this is only the last step of a campaign of legalization and administrative regulation, whose priorities are especially the prevention of criminal exploitation and individual excess. These studies show the real situation of this kind of activity and of its market. In the English market there are large gaming and bookmaking companies that transformed their business by applying standard marketing techniques to be-

⁸ See Anthony Cabot, *Casino Gaming: Casino Gaming: Policy, Economics and Regulation*, 1996, pp. 320 ff.

⁹ Dixon, *From Prohibition to Regulation: Bookmaking, Anti-Gambling and the Law*, Oxford, 1991.

ting. Accordingly, gaming became a “legitimate part of the leisure industry, rather than a source of social problems”.¹⁰

However, the sensitive nature of casino gaming justifies restrictive public policy approaches and regulation models. There are several actors of casino gaming, namely: corporations that exploit casinos and their shareholders and administrators (1), Junket promoters or agents (2), players or gamblers (3), and regulators and Government bodies (4). These are the main characters of casino gaming and their role on stage is a matter of gaming law.¹¹ All gaming actors share the same common purpose: to make money - not to mention those who rob casinos as illustrated by the movie *Ocean's Eleven*. Gamblers want to make money trying their luck and placing their bets. Casino corporations want to make money by offering games. Promoters want to make money earning commissions from concessionaires for the clients they arrange. Governments want to make money allowing corporations to run casinos and paying taxes, premiums and making contributions.

Like any commercial activity (according to the Commercial Code of Macau, Art. 2(1)), this industry is about making money. However, the sensitive nature of gaming has to do not only with the purpose of making money but also with the risk

¹⁰ Dixon, *From Prohibition to Regulation*, cit., 1991; see also Alexandre Dias Pereira, ‘Gaming in European Economic Law: Advertising and Betting Services in the EC’, *Boletim da Faculdade de Direito* 16 (2003), pp. 113-120.

¹¹ For example, in Macau the Role of the Gaming Inspection and Coordination Bureau is, namely, to collaborate in the definition and execution of the economic policies for the operations of casino gaming, to control casino gaming concessionaires (eligibility, financial capacity, compliance with legal and contractual obligations), and to issue licenses for junket promoters of casino gaming and to control their activities.

that is related to it. The analogy could be drawn with the risk of banking, insurance or stock exchange, as the considerable level of risk of financial activities also justifies their sensitive nature for purposes of regulation.

Nonetheless, the hazardous nature of gaming justifies public policy approaches that favour restrictive regulatory models, as the calculation of probability of chance is not available for normal human beings and moreover gaming rules usually prohibit “counting cards” (recalling *Rain Man*, with Dustin Hoffmann and Tom Cruise), i.e. the incertitude of gaming makes it hazardous and dangerous, not only for casinos but also and mainly for gamblers, who can be in a situation of complete irrationality. On the other hand, there is a risk of jeopardising State regulations, not to mention that gambling can be associated with illegal activities, namely by serving as an instrument of money laundering, as gaming activities involve large sums of money and a risk exists that the money on the table is not accounted.

In short, the sensitive nature of gambling places several limits and restrictions to freedom of enterprise and its exercise is deemed as an exceptional privilege rather than as a right of prospective gaming operators. The sensitive nature of casino gambling is at the heart of the theory of gaming as a “privileged business”, in the sense that, as a Nevada Court ruled in 1931, the “State may regulate or suppress it without interfering with any of those inherent rights of citizenship which is the object of government to protect and secure” (*Grimes v. Board of Commissioners*, 1931).¹²

¹² See Anthony Cabot, *Casino Gaming: Casino Gaming: Policy, Economics and Regulation*, 1996, pp. 320 ff.

§ 4. Basic Principles of Macau Casino Law

The regulation of casino games of fortunes provided by Law 16/2001 is aimed to achieve several objectives, such as, namely: that those involved in the supervision management and running of casino games are suitable persons to exercise their functions and assume those responsibilities, and that the operation of casinos is fair, honest and free of criminal influence (1); that those involved in the supervision, management and operations of casino games of fortune have appropriate qualifications to carry out their duties and functions (2); to protect the right of Macau SAR to collect gaming tax from the casino games of fortune (3); to enhance the development of tourism, social stability and economy of Macau (4).

To begin with, gaming is a legal monopoly of the Executive of Macau SAR, and the exploitation of this activity is only available to three concessionaires that comply with strict requirements concerning suitability of actors and financial capacity. In return for gaming concessions, the concessionaires pay significant premiums, taxes and contributions, and are bound to a program of relevant investments in the Region. In the operation of casinos, these concessionaires are subject to a high degree of control by the Executive within a relationship ruled by a principle of full disclosure and straight cooperation; in order to assure accomplishment of their obligations to the Region, concessionaires provide significant financial guarantees.

Then, casino junket promoters need to be licensed by the Executive of the Region and therefore they have to demonstrate adequate suitability. In conducting their activities they are

subject to a high level of control not only by the Executive but also by concessionaires with which they work, for concessionaires are jointly liable for the acts of their promoters. Another relevant aspect of casino gaming law in Macau is that it does not deem as game usury casino gaming credit operations that are conducted by the concessionaires, sub-concessionaires and authorized managers and promoters.

Despite restrictive, this legal framework has introduced competition in the gaming marketplace. Casino gaming is now exploited by three concessionaires and several sub-concessionaires. Monopoly has been replaced by oligopoly, Junket promoters can work with more than one concessionaire, and moreover casino credit operations are allowed under certain circumstances. In fact, the new legal framework has introduced competition in the casino marketplace.¹³ Only a few years ago gaming services were provided by one single concessionaire in a situation of monopoly. The new legal framework has created room for three gaming concessionaires, and several sub-concessionaires are also operating. This places new concerns regarding fair competition among casino gaming operators, as well as casino consumer protection.

§ 5. The Concession of Casinos

1. Law 16/2001 provides that the exploitation of certain games of fortune is an activity that can only be exercised in Ca-

¹³ See Ricardo Siu and William Eadington, *Between Law and Custom - Examining the Interaction between Legislative Change and the Evolution of Macau's Casino Industry*, Conference Paper, First Asian Conference, cit., 2005).

sinos by Macau SAR or by its concessionaires, up to 3, upon obtaining a gaming license from the Executive.¹⁴ 24 games of fortunes are approved as games of chance, but additional games and respective rules may be approved by the Executive.¹⁵ The Executive does also define the places of exploitation of casinos (location and premises). The term of concession is provided in the concession contract and cannot be longer than 20 years, although it can be renewed.

Three casino gaming concessions have been granted by the Executive of Macau SAR. Concessions contracts in force are with: Sociedade de Jogos de Macau (SJM), S.A. (1/4/2002 - 31/3/2020), with a sub-concession to MGM Grand Macau, S.A.; Galaxy Casino S.A. (27/6/2002 – 26/6/2022), with a sub-concession to Venetian Macau, S.A. (19/12/2002 – 26/6/2022); and Wynn Resorts (Macau), S.A. (27/6/2002 – 26/6/2022), also with sub-concession.

In order to achieve their concession contracts, these gaming companies had to follow a special procedure. There was a public tender for the award of a concession to exploit casinos, although it should be noted the special nature of this public tender, for access to which could be restricted by pre-qualification. In *Casino Gaming*, Cabot remarks that this solution corresponds to the understanding that gaming is a “privileged business”, as the Nevada Court ruled in a leading case (*State v. Rosenthal*,

¹⁴ Interactive games cannot be exploited by the concessionaires of casinos and their exploitation is not related to the exploitation of casinos. It does not mean that the interactive gaming business, namely Internet Gambling, can freely be conducted, as any commercial gaming activity requires public authorisation.

¹⁵ Despite their soft legal value, these rules represent “hard law” of gaming as they account for much of the fairness of the game, as evidenced by the Conference Paper of Jason Zhicheng Gao, *Fairness of Macau Casino Games*, Conference Paper, First Asian Conference, cit., 2005.

1977) and consequently applicants do not have a right to a license nor even a protected expectation that justifies procedural safeguards of due process, because no prospective licensee acquires a “protected property interest” until obtaining the license (*Jacobson v. Hannifin*, 1980).

2. Moreover, in order to qualify to the concessions, casino concessionaires had to comply with several requirements. These grant a high level of control of the Executive over the concessionaires. Qualifying requirements for eligible applicants are, namely:

- a) These companies have to be public companies incorporated in Macau (see Commercial Code, Art. 174(1), providing several types of commercial companies, namely: unlimited partnerships, limited partnerships, private companies and public companies; for requirements of the incorporation act see Commercial Code, Art 179);
- b) There are suitability requirements (experience and financial capacity, e.g.) of the applicant and of substantial equity holders (5% shareholders) and key employees and directors;
- c) The exclusive object of these companies is to exploit casino games of fortune;
- d) Minimum capital must be MOP 200 millions, which must be fully accomplished in money by deposit in a credit institution legally operating in the Region;
- e) Corporate capital must be fully represented by nominative shares (not shares to bearer);
- f) The executive manager (delegate administrator)



must be a Macau resident who owns at least 10% of the capital and he is subject to approval by the Executive;

- g) Concessionaires must offer adequate financial guarantees of payment of premiums and taxes, and accept to provide special contributions.

3. The operation of casino gaming by concessionaires is subject to several rules that provide great control powers to the Executive. These are, in special:

- a) Transfers of company shares and voting or other rights are subject to authorization from the Executive (the same goes for the increase of corporate capital by public subscription, the emission of privileged shares and bonds and the admission to listing on the stock exchange of the concessionaire or a dominant shareholder thereof);
- b) Transfer by any means or sub-concession, total or partial, of the exploitation of casino games of fortune requires previous authorization from the Executive (in the SJM concession contracts, penalties range from 1 billion MOP in case of unauthorized transfer of full exploitation to 300 million MOP in case of unauthorized sub-concession of partial exploitation);
- c) Agreements outside the company among shareholders have to be searched for by the concessionaire and must be communicated to the Executive (Art. 185 of the Commercial Code provides several limits to these agreements);

- d) Concessionaires have to comply with corporate rules on legal reserves (at least $\frac{1}{4}$ of 200 million MOP);
- e) Concessionaires have to install in casinos and other gaming areas electronic surveillance devices approved by the Gaming Inspection and Coordination Bureau;
- f) Concessionaires must pay premiums and taxes, and to offer adequate guarantees of payment;
- g) Concessionaires are bound to provide contributions to the development of Macau as established in the concession contract;
- h) Concessionaires must keep casinos running continuously and to advertise and promote casinos;
- i) Concessionaires have to comply with public regulations and intellectual property rights, such as patents, marks, and copyright;
- j) When the gaming concession expires, all assets and cash deposits revert to the Macau SAR.

§6. Casino Duties: Premiums, Taxes, Contributions, and Investments

Casino Concessionaires have to pay a premium of concession which is composed of a fixed portion paid yearly plus a variable portion paid monthly. For example, the concession contract of SJM provides a yearly premium of 30 million MOP, and as variable portion at least yearly 30 million MOP for special gaming tables, 15 million MOP for free gaming tables and 1 thousand



MOP for each slot machine. Moreover, casino concessionaires have to pay a *special gaming tax* of 35% of gross revenue (Law 16/2001, art. 27), and assigned contributions of 1.6% of gross revenue to the Macau Foundation, and 1.4% to 2.4% of gross revenue to Infrastructures, Tourism and Social Security Fund.

On the other hand, concerning investments in Macau SAR, the concession contracts in force provide around 4.7 billion MOP for *SJM*, 8.8 billion MOP for *Galaxy/Venetian*, and 4 billion MOP for *Wynn*. It means that only in investments Macau SAR will receive approximately MOP 17.5 billion from concessionaires. In carrying out these investments, concessionaires are bound by several duties, namely to use materials and systems that comply with international quality standards.

§ 7. Casino Transparency: Full Disclosure

In order to fulfil their obligations to the Region, concessionaires are subject to a rule of full disclosure. This is evidenced by several obligations of information and cooperation, special gaming accounting rules and investigative procedures, as well as to submission to daily supervision of gaming revenues.

Each year the concessionaire must provide the Executive the *structure of shareholders* that own 5% of more of the capital, including the membership structure of companies that hold such shares in the capital of the concessionaire. Moreover, the concessionaire must inform the Executive about any person that is designated to the corporate bodies of the concessionaire (general assembly, board of administration, supervision council and

any other corporate body). Concerning agreements outside the company (or would-be agreements), they have to be searched for by the concessionaire who must communicate them to the Executive. Then, casino enterprises are run by an executive manager approved by the Executive and the concessionaire cannot grant powers of attorney to any other persons concerning the exercise of the enterprise in the name of the concessionaire.

As for *obligations of information*, concessionaires must inform the Executive about any circumstances that may affect their operation (concerning namely their solvency), any remunerations paid to administrators, financiers and main employees, forms of profit distribution, as well as any management and service contracts; concessionaires also have to provide the Executive with a list of gaming promoters they want to work with in the following year. This allows Public Authorities to control who is taking money from the casino and why. In order to carry out the obligation of information, concessionaires have to submit each year to the Gaming Bureau a document with all their banking accounts.

Concerning *accounting*, concessionaires have to keep proper accounting books according to the Official Accounting Plan of the Region. In special, concessionaires are bound to provide to certain Public Authorities, namely the Gaming Inspection and Coordination Bureau, free access to any parts of their premises as well as free access to and examination of bookkeeping and accounting, including all relevant documents. Moreover, concessionaires are subject to external auditing by internationally recognized auditing firms, and must allow extraordinary auditing.

In order to provide *public disclosure* of their activities, casino concessionaires also have to publish in the Official Bulletin of Macau several elements, such as balance sheets, report of gains and losses, activity report summary, opinion of the supervision board and summary of opinion of external auditors, list of qualified shareholders having 5% or more of the capital in any period of the year, and names of holders of positions in corporate bodies.

§ 8. Financial Provisions and Guarantees

In order to be eligible for running casino gaming, companies need to comply with strict financial requirements. To begin with, they must have a minimum corporate *capital* of 200 million MOP fully accomplished in money deposited in a credit institution legally operating in Macau. Moreover, concessionaires must comply with corporate rules on mandatory reserves. It means that until they reach an amount equal to a $\frac{1}{4}$ of the capital (minimum 200 million MOP), no less than 10% of exercise profits have to be retained as legal reserves (Commercial Code, art. 432, 2). Then, concessionaires have to communicate to the Executive any loan they grant higher than 30 million MOP or equivalent contract, and they must achieve required financing for proper operation.

Another financial aspect concerns *insurance*. In fact, casino concessionaires have to take several insurance contracts that cover the risks of operation of their activities in the Region. These insurance contracts include, namely, labour accidents and illness, transports (cars, boats, planes), advertising, specif-

ic insurance for gaming, insurance of premises, equipment and other goods used in the exploitation of casinos.

There are *financial guarantees* to be provided by casino gaming concessionaires. First, concessionaires have to provide guarantee of accomplishment of their legal or contractual obligations to the Executive. In special, they are bound to keep in favour of the Executive an *independent banking guarantee on first demand* (see Commercial Code, Arts. 942 ff). For example, SJM had to keep in favour of the Executive an independent banking guarantee on first demand the amount of which is 700 million MOP until March 2007 and 300 million MOP thereafter. Moreover, concessionaires have to provide a specific banking guarantee of payment of the *special gaming tax*, which is also an independent banking guarantee on first demand. The Executive can also demand the *dominant shareholder* or other shareholders of the concessionaire to provide a guarantee concerning the obligations of the concessionaire, which can be provided for example by deposit in money, banking guarantee or insurance-bail. These are instruments to reinforce the accomplishment of the obligations by the concessionaires, as the Executive can use these guarantees independently of court decision whenever the concessionaire does not fulfil any of its legal or contractual obligations (e.g. do not pay in time concession premiums or the special gaming tax).



§ 9. Casino Junket Promoter

Administrative Regulation No 6/2002, amended by Administrative Regulation No 27/2009, provides the regulation of access and exercise of the activity of (Junket) *promoters of casino games of fortunes*. Gaming promoters are important actors. They promote casino games of fortunes to potential gamblers, by providing facilities, including transportation, hosting, food and entertainment, in exchange for a commission or other remuneration to be paid by the casino concessionaire.

In order to be eligible for the exercise of this activity, promoters have to be commercial entrepreneurs or companies and comply with certain requirements. In case of commercial companies, their object can be only the promotion of games of fortune and their capital can be owned by human persons only. In case they are public companies, their shares have to be nominative and their capital must be fully accomplished at the moment of the act of incorporation of the company. Registration of gaming promotion companies and entrepreneurs is dependent upon previous obtaining of the gaming promoter license.

The Executive grants a license of gaming promoter through the Gaming Inspection and Coordination Bureau. Applicants must demonstrate suitability for this activity submitting special application forms. In order to appraise the suitability of applicants the Executive has access to all their documents and

information as deemed necessary, and applicants have a special duty of cooperation. The Executive can also demand a risk evaluation report. In case the suitability of the applicant is positive, he can be granted a license of promoter of games of fortune for one year renewable upon request.

In the exercise of their activity, licensed gaming promoters can choose collaborators and must communicate to the Gaming Bureau their identities for approval. Gaming promoters have to be registered by a gaming concessionaire, upon approval of the Executive. Unless otherwise stipulated, their activity is not exercised in conditions of exclusivity, as they can act with more than one concessionaire.

Gaming promoters are also subject to full disclosure and to strict control by public authorities. In fact, they have to communicate any change of corporate structure to the Gaming Bureau and agreements outside the company also have to be searched for by the concessionaire and communicated to the Executive. Moreover, transfers of company shares and voting or other rights are subject to authorization from the Executive. On the other hand, the promoter cannot exercise the activity through another person and cannot transfer by any means his contract with the concessionaire.

Promoters exercise their activity with the concessionaires according to the contract concluded by them and which seems an agency contract (Commercial Code, Art. 581). This is of special importance, as concessionaires are jointly liable with promoters for the activity of promotion they conduct in their casinos. Moreover, concessionaires have an obligation to control gaming promoters and to communicate to the authorities any



fact that may indicate the criminal offences by gaming promoters, such as money laundering. The same goes for gaming promoters, as they are jointly liable for the activity conducted by their employees and collaborators in the casino.

Administrative Regulation No 27/2009 empowered the Secretary of Economy and Finances to fix a maximum limit for commissions and other remunerations to be paid by concessionaries to junket promoters, as well as the obligation to disclose it. Order 83/2009 of the Secretary of Economy and Finances fixed it in 1.25% of the net rolling regardless of the basis of calculation.

§ 10. Casino Gaming Credit Operations

Law 5/2004 provides the regulation of *casino gaming credit operations*. In short, there is a casino credit operation where a gambler or a promoter receives casino chips without immediate payment in money. Only concessionaires, sub-concessionaires and authorized in writing managers and promoters are allowed to grant credit for casino gaming. Casino credit granters have to provide all solicited information to Public Authorities, and their workers are bound by confidentiality.

As provided in the regulation of casino gaming credit operations, this activity is not considered gaming usury, i.e. lawful casino gaming credit operators are not deemed extortionate money-lenders, as provided in Law 8/96/M, of July 22, on gaming crimes (Art. 13). Nonetheless, perhaps some criterion limitation of interest rates should apply, not to mention that gaming credit operations are subject to the general regulation of legal trans-

actions and the specific rules of such operations provided by the Civil Code (Art. 1171º).

§ 11. Final Remarks

Gaming is a sensitive activity from the viewpoint of consumer protection, as gaming consumers can easily lose rational control. Therefore, commercial gaming, especially casino gambling, is prohibited in several jurisdictions, or it is submitted to restrictive regulatory models that are based upon the understanding of gaming as a “privileged business”, even within a context of evolution of the gaming industry from a marginal activity to a business of leisure and entertainment. Nowadays, consumer protection becomes a major concern of the regulatory framework.

This paper overviewed the regulatory framework of casino games of fortune in Macau. Gaming remains a legal monopoly of the Executive of Macau SAR, and the exploitation of this activity is only available to three concessionaires that comply with strict requirements concerning suitability of actors and financial capacity, and pay significant premiums, taxes and contributions, and are bound to a program of relevant investments in the Region, submitting to a high degree of public control and providing significant financial guarantees of accomplishment of their obligations, not to mention compliance with anti-money laundering regulations. The new legal framework of Macau has introduced competition in the gaming market, at least in the sense of oligopoly. Moreover, it has “liberalised” the activity junket promoters, however with some restraints, and ex-

empted from game usury casino credit operations under certain circumstances.

Consumers can benefit from the new regulatory framework, as competition is capable of promoting consumer welfare. But the sensitive nature of casino gambling, from the viewpoint of consumer protection, could justify a more protective legal environment. Such an enhanced legal environment of casino consumer protection, namely in what concerns interest rates of casino credit operations and gaming fairness, would certainly favour consumer confidence and improve the gaming market.

DIREITOS DO CONSUMIDOR NA COMPRA DE BENS DE CONSUMO

Jorge Morais Carvalho*

1. Introdução

Este texto tem como principal objetivo o estudo dos direitos conferidos ao consumidor em caso de falta de conformidade do bem com o contrato no regime da venda de bens de consumo, consagrado no Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio, que transpõe a Diretiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

Não são objeto de análise as questões que surgem, numa perspetiva lógica, antes da dos direitos do consumidor. Assim, em primeiro lugar, é necessário verificar se o contrato está abrangido pelo âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 67/2003, quer numa perspetiva subjetiva (relação de consumo, ou seja, contrato celebrado entre um consumidor e um profissional)¹ quer numa perspetiva objetiva (tipo de contrato e bem de

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Investigador do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade. Mais informações: www.jorgemoraiscarvalho.com.

¹ V. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, pp. 21 a 31. O art. 1.º-B-a) do Decreto-Lei n.º 67/2003 define consumidor como “aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos,

consumo em causa)². Em segundo lugar, a atribuição ao consumidor dos direitos analisados neste artigo implica necessariamente que se tenha concluído, em momento anterior, face a uma situação concreta, a existência de falta de conformidade

destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios". Este conceito tem, assim, quatro elementos: elemento subjectivo ("aquele"), elemento objectivo ("fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos"), elemento teleológico ("destinados a uso não profissional") e elemento relacional ("por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios") – CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 29. Note-se que a qualificação como consumidor é matéria de direito, pelo que não tem de ser alegada (nem, muito menos, provada, porque não é matéria de facto). Se não forem incluídos no objeto do processo por outra via, cabe ao consumidor a alegação e, em princípio, a prova dos factos, relativos aos elementos indicados, que sustentam essa qualificação, nomeadamente o "uso não profissional". No Ac. do TJUE, de 4/6/2015, conclui-se que o tribunal "está obrigado, sempre que disponha dos elementos de direito e de facto necessários para tal ou deles possa dispor mediante mero pedido de esclarecimento, a verificar se o comprador pode ser qualificado de consumidor [...], ainda que este não tenha expressamente invocado essa qualidade". MICAEL MARTINS TEIXEIRA, "A Prova no Direito do Consumo: Uma Abordagem Tópica", 2016, p. 149, considera que, "segundo o critério da distribuição dinâmica do ónus da prova, este deverá impender sobre o consumidor relativamente aos factos que implicam a verificação dos elementos subjectivo, objetivo e teleológico da noção de consumidor e sobre o (suposto) profissional quanto aos factos que implicam a verificação do elemento relacional da mesma noção". A referência a um pedido de esclarecimento aponta, no direito português, para a aplicação dos arts. 7.º e 590.º-2 do Código de Processo Civil (princípio da cooperação). MICAEL MARTINS TEIXEIRA, "A Prova no Direito do Consumo: Uma Abordagem Tópica", 2016, p. 143, considera que o juiz deve mesmo, se for necessário, recorrer "aos mecanismos de produção de prova por sua iniciativa que a lei processual lhe atribui, no âmbito do dever de inquisitorialidade do julgador, constante do artigo 411.º do CPC".

² V. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, pp. 235 a 243. O art. 1.º-A do Decreto-Lei n.º 67/2003 determina que o diploma é aplicável a contratos de compra e venda e, "com as necessárias adaptações, aos bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada ou de outra prestação de serviços, bem como à locação de bens de consumo". Já o art. 1.º-B-b) defende bem de consumo "qualquer bem imóvel ou móvel corpóreo, incluindo os bens em segunda mão".

do bem com o contrato³.

No que respeita aos direitos dos consumidores, o art. 4.º-1 do Decreto-Lei n.º 67/2003 estabelece que, "em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, o consumidor tem direito a que esta seja repostada sem encargos, por meio de reparação ou de substituição, à redução adequada do preço ou à resolução do contrato".

Além destes direitos, em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, o consumidor também pode (i) recusar a prestação, não recebendo o bem, (ii) invocar a exceção de não cumprimento do contrato e (iii) exigir uma indemnização em consequência da desconformidade, desde que se encontrem verificados os respetivos pressupostos.

Neste artigo, começamos por responder à questão de saber se existe uma hierarquia entre os quatro direitos conferidos pelo art. 4.º do Decreto-Lei n.º 67/2003, estudando depois, sucessivamente, cada um dos sete direitos anteriormente elencados.

³ V. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, pp. 243 a 281. O art. 2.º-1 do Decreto-Lei n.º 67/2003 estatui que "o vendedor tem o dever de entregar ao consumidor bens que sejam conformes com o contrato de compra e venda", estabelecendo o n.º 2 como critérios principais para a aferição da (falta de) conformidade a descrição feita pelo vendedor, a amostra ou modelo, as utilizações habituais, as utilizações específicas e as qualidades e o desempenho habituais, relevando os elementos constantes da publicidade e da rotulagem. O art. 3.º acrescenta que "o vendedor responde perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista no momento em que o bem lhe é entregue", presumindo-se existentes na data da entrega "as faltas de conformidade que se manifestem num prazo de dois ou de cinco anos a contar da data de entrega de coisa móvel corpórea ou de coisa imóvel, respetivamente".

2. Inexistência de hierarquia entre os direitos

Ao contrário da Diretiva, que é de harmonização mínima, o diploma de transposição não estabelece uma hierarquia entre os vários direitos do consumidor em caso de desconformidade. A escolha do consumidor apenas se encontra limitada pela impossibilidade ou pelo abuso de direito, nos termos gerais (art. 4.º-5).

A Diretiva impõe uma hierarquia entre os direitos, surgindo, num primeiro momento, a reparação ou a substituição do bem, sendo que o consumidor é tendencialmente livre na escolha entre estas duas soluções, desde que o seu cumprimento pelo vendedor seja possível e proporcionado (art. 3.º-3)⁴. Num segundo momento, não tendo sido possível repor a conformidade através de reparação ou substituição, o consumidor pode exigir a redução do preço ou a resolução do contrato (art. 3.º-5 e 6). Note-se que, para quem entenda que o direito português consagra uma hierarquia entre os direitos, essa hierarquia não pode existir entre a reparação e a substituição, pois tal solução implicaria uma incorreta transposição do diploma europeu.

Em Portugal, a questão tem sido objeto de ampla discussão doutrinária e jurisprudencial, que começou, aliás, antes do Decreto-Lei n.º 67/2003. A Lei de Defesa do Consumidor⁵, na

⁴ ANGELO LUMINOSO, "Il Sistema dei Rimedi", 2002, p. 50.

⁵ Lei n.º 24/96, de 31 de julho (retificada pela Declaração de Retificação



versão originária (art. 12.º), também não estabelecia, pelo menos expressamente, uma hierarquia entre os direitos, sendo contudo menos clara do que a lei atual, na medida em que não se referia expressamente a qualquer limitação na escolha de uma das soluções (impossibilidade ou abuso de direito).

No sentido da existência de hierarquia entre os vários direitos, defende-se que o profissional tem mais conhecimentos sobre o bem ou serviço, devendo caber-lhe a escolha⁶, que deve ser dada prevalência às opções que permitem a manutenção do negócio⁷, que o art. 4.º tem uma ordem sequencial não arbitrária⁸ e que deve ser feita uma interpretação em conformidade com a Diretiva, impondo-se a hierarquização como solução de bom senso⁹.

A jurisprudência oscilou, num primeiro momento, entre as duas soluções, ora decidindo no sentido da existência de hierarquia¹⁰, ora concluindo que o consumidor podia exercer

n.º 16/96, de 13 de novembro), alterada pela Lei n.º 85/98, de 16 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, e pelas Leis n.ºs 10/2013, de 28 de janeiro, e 47/2014, de 28 de julho.

⁶ PEDRO ROMANO MARTINEZ, "Compra e Venda e Empreitada", 2007, pp. 260 e 261.

⁷ LUÍS MENEZES LEITÃO, "O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo", 2005, p. 58. Jurisprudência: Ac. do TRL, de 18/6/2009 (comentado por LUÍS MIGUEL CALDAS, "Anotação Judicial – Módulo I", 2014). Salientando que esta não foi a solução adotada, podendo o vendedor não ter uma segunda oportunidade para cumprir: NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, 2011, p. 875.

⁸ FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, 2004, pp. 117 e 118.

⁹ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Venda de Bens de Consumo*, 2010, p. 106.

¹⁰ A título de exemplo: Acórdãos do STJ de 15/3/2005, 13/12/2007 e 24/1/2008. Aparentemente neste sentido, desconsiderando a relevância, para o efeito, do Decreto-Lei n.º 67/2003: Ac. do TRP, de 4/11/2013. Entendendo que esta jurisprudência "retrata a diminuta eficácia do direito legislado em Portugal": FLÁVIO

qualquer um dos direitos imediatamente, com o limite do abuso do direito¹¹, sendo dominante, nos últimos anos, a jurisprudência neste último sentido, ou seja, no sentido da inexistência de hierarquia¹².

Apesar de alguns dos argumentos indicados assentarem em ideias interessantes *de iure constituendo*, a lei atual parece clara, não só no sentido de não existir uma ordem entre os direitos¹³, mas também no sentido de a escolha caber ao consumidor¹⁴. Os limites podem, contudo, ser considerados pouco claros, uma vez que remetem para uma figura – o abuso do direito – que tem de ser concretizada em cada caso¹⁵, não

CITRO, "Da Garantia de Produtos Defeituosos ou Não-Conformes no Brasil e em Portugal", 2012, p. 196.

¹¹ A título de exemplo: Acórdãos do STJ de 3/6/2004, 6/7/2004, 9/11/2010 e 5/5/2015, do TRL de 15/12/2005, 1/3/2012 e 18/4/2013, do TRP de 20/4/2010, 15/9/2011, 10/2/2016, 16/5/2016 e 15/12/2016, do TRC de 6/12/2011, 16/2/2016, 1/3/2016 e 10/5/2016 e do TRG de 13/10/2011, 11/10/2012 e 14/4/2016; Sentença do JP do Funchal, de 15/11/2012; Sentença do CICAP, de 27/4/2016.

¹² Neste sentido, ALEXANDRE MOTA PINTO, "Venda de Bens de Consumo e Garantias", 2016, p. 199, refere que a jurisprudência no sentido da hierarquização dos direitos parece "superada e hoje minoritária".

¹³ LUÍS MENEZES LEITÃO, "O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo", 2005, p. 58; SARA LARCHER, "Contratos Celebrados Através da Internet", 2005, p. 205; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Venda de Bens de Consumo*, 2010, pp. 111 e 112; PAULO MOTA PINTO, "O Anteprojecto de Código do Consumidor e a Venda de Bens de Consumo", 2006, p. 131; NUNO PINTO OLIVEIRA, *Contrato de Compra e Venda – Noções Fundamentais*, 2007, p. 320; DIOVANA BARBIERI, "The Binding of Individuals to Fundamental Consumer Rights in the Portuguese Legal System", 2008, p. 690; ASSUNÇÃO CRISTAS, "É Possível Impedir Judicialmente a Resolução de um Contrato?", 2008, p. 56, n. 2; PATRÍCIA DA GUIA PEREIRA, "Nótula sobre Tipologia do Incumprimento", 2011, p. 675, n. 139; ÁNIA MARQUES FLORENÇA, *O Abuso do Direito no Direito do Consumo*, 2015, p. 34.

¹⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 164 (embora discordando da solução adotada); ASSUNÇÃO CRISTAS, "Portuguese Contract Law", 2009, p. 359. Jurisprudência: Sentença do JP de Funchal, de 17/10/2011.

¹⁵ MARIA ALVES, *Os Direitos dos Consumidores em Caso de Desconformida-*

nos parecendo, no entanto, em abstrato, adequado considerar que o abuso do direito “é instrumento jurídico crucial nos conflitos de consumo e na limitação dos amplos direitos conferidos ao consumidor”¹⁶. Uma vez efetuada a escolha pelo consumidor, esta é irrevogável, só em caso de incumprimento por parte do profissional podendo ser alterada¹⁷. Em juízo, o consumidor deve fazer o pedido, indicando o direito que pretende exercer em primeiro lugar, podendo, a título subsidiário, invocar um segundo direito (e um terceiro ou quarto, para o caso de o anterior não ser concedido)¹⁸.

O art. 4.º-5 estabelece que “o consumidor pode exercer qualquer dos direitos”, exceto nos casos enunciados no preceito de impossibilidade ou de abuso do direito.

A impossibilidade constitui um limite material à escolha

de da Coisa Comprada e a Sua Articulação com o Abuso do Direito, 2010/2011, p. 83; ÂNIA MARQUES FLORENÇA, *O Abuso do Direito no Direito do Consumo*, 2015, p. 42.

¹⁶ Ac. do TRP, de 29/5/2014 (com Declaração de voto, no sentido do texto).

¹⁷ GIOVANNA CAPILLI, “Las Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, 2007, p. 1713. No Ac. do TRL, de 14/4/2015, defende-se que, “tratando-se de automóvel de marca conceituada, mas que em menos de dois anos apresenta um histórico com 11 intervenções, incluindo substituição de componentes, e não obstante o consumidor ter em todas elas obtido a reparação do veículo a expensas do representante, não age com abuso de direito se só depois da última reparação vem a tomar a decisão de pedir a substituição do veículo. De facto, neste caso a sucessiva e expressiva verificação de anomalias pode ser encarada em si mesma como um facto autónomo radicado na repetição inaceitável das desconformidades do produto. A última das anomalias pode nem sequer ser a mais expressiva mas pode ser aquela que acaba por motivar o consumidor a accionar os direitos que a lei lhe faculta. E perante essa repetição de avarias, enquanto facto autónomo, naturalmente que não pode ser negado ao consumidor um dos meios que a lei lhe faculta para defesa do seu direito: a substituição do veículo – sem que se deva considerar que o consentimento nas reparações constitua um facto anterior incompatível”. ALEXANDRE MOTA PINTO, “Venda de Bens de Consumo e Garantias”, 2016, p. 202, considera que este entendimento é correto.

¹⁸ Ac. do TRC, de 1/3/2016.



do consumidor. Sendo impossível o cumprimento pelo profissional da obrigação resultante de um dos direitos, o consumidor deixa de poder exercer esse direito. Trata-se de limite resultante da própria natureza das coisas, sendo até dispensável a referência legal¹⁹. A reparação é impossível sempre que se verifique não existirem condições técnicas para colocar o bem em conformidade com o contrato, sendo, em princípio, o que sucede num caso de entrega de um bem totalmente diferente do acordado²⁰. Assim, por exemplo, se, havendo acordo quanto a um contrato de compra e venda de um livro, for entregue um filme, a reparação é uma solução impossível. A substituição é tendencialmente impossível se se tratar de uma coisa infungível²¹, embora esta conclusão não seja automática²², dependendo do grau de infungibilidade definido pelas partes. O *Guernica* é infungível, mas se para as partes o acordo incidir sobre um quadro de Pablo Picasso então já será fungível, podendo ser substituído por outro quadro.

Quanto ao abuso do direito, os requisitos para a sua verificação não são menos exigentes do que os do art. 334.º do Código Civil (CC). Logo tem de se verificar este preceito para concluir acerca do carácter abusivo da escolha feita pelo consumidor. Este limite existiria sempre, mesmo na ausência de

¹⁹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, "Empreitada de Bens de Consumo", 2005, p. 30.

²⁰ LUÍS MENEZES LEITÃO, "O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo", 2005, p. 58.

²¹ FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, 2004, pp. 120 e 121; GIOVANNA CAPILLI, "Las Garantías en la Venta de Bienes de Consumo", 2007, pp. 1702 e 1704.

²² LUÍS MENEZES LEITÃO, "O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo", 2005, p. 58.

referência legal²³, embora o seu efeito pedagógico não seja negligenciável, em especial tendo em conta as dúvidas interpretativas que poderiam resultar da sua omissão²⁴. O art. 334.º estabelece que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”, entendendo-se que a desproporcionalidade entre a vantagem do titular e a desvantagem de outrem pode caber no âmbito deste preceito, desde que se encontrem verificados os demais pressupostos²⁵.

Embora se reconheça o enorme potencial, neste domínio, do respeito pelo fim social ou económico do direito, a doutrina e a jurisprudência têm reduzido a análise ao respeito pelo princípio da boa-fé no que respeita à limitação da escolha do consumidor²⁶.

Refira-se ainda que, em regra, a não reposição da conformidade do bem com o contrato por parte do vendedor, nomeadamente através de reparação (ou de substituição²⁷), afasta a qualificação como abusiva da escolha pelo consu-

²³ PAULO MOTA PINTO, “O Anteprojecto de Código do Consumidor e a Venda de Bens de Consumo”, 2006, p. 131.

²⁴ PEDRO MANUEL MOREIRA DA SILVA SANTOS, *Responsabilidade Civil e Garantias no Âmbito do Direito do Consumo*, 2012, p. 57.

²⁵ Ac. do TRC, de 10/3/2015; Ac. do TRC, de 21/4/2015. Considerando que a alternatividade se encontra limitada “na larga maioria das hipóteses” pelo instituto do abuso do direito: FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, “A Alternatividade dos Meios de Defesa do Consumidor”, 2012, p. 166.

²⁶ ANGELO LUMINOSO, “Il Sistema dei Rimedi”, 2002, p. 74; C. MASSIMO BIANCA, “L’Attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa”, 2002, p. 106. Jurisprudência: Ac. do TRP, de 4/2/2010.

²⁷ Ac. do STJ, de 17/2/2011.

midor de outro direito, por exemplo a resolução do contrato²⁸. Agindo de má-fé, o vendedor não pode, neste caso, paralisar o exercício do direito pelo consumidor. Se o pretender fazer, estaremos perante uma situação de *tu quoque*.

No caso de o consumidor ter denunciado a falta de conformidade do bem e o vendedor, sem a oposição do consumidor, ter repostado a conformidade através de reparação, o consumidor deixa de poder exercer qualquer outro direito, uma vez que o bem voltou a estar em conformidade com o contrato²⁹. Não se pode dizer que exista neste caso abuso de direito, visto o consumidor nem sequer ter o direito. Esta conclusão deixa de valer no caso de, no momento da denúncia da falta de conformidade, o consumidor ter optado imediatamente por um dos outros direitos. Neste caso, a reposição da conformidade por via de reparação não tem qualquer relevância ou efeito, uma vez que não corresponde ao direito legitimamente exercido pelo consumidor.

Sendo o bem vendido a prestações, a falta de pagamento de uma ou mais prestações não impede o exercício de qualquer um dos direitos por parte do consumidor, nos termos já indicados. Esta conclusão não impede, naturalmente, que o vendedor exerça os seus direitos por incumprimento do contrato pelo consumidor.

²⁸ ÂNIA MARQUES FLORENÇA, *O Abuso do Direito no Direito do Consumo*, 2015, p. 38. Jurisprudência: Sentença do JP de Lisboa, de 31/12/2008. ALEXANDRE MOTA PINTO, "Venda de Bens de Consumo e Garantias", 2016, p. 201, salienta que os tribunais "têm em conta o comportamento do vendedor após a denúncia do defeito, também justificando a inexistência de abuso com base no carácter censurável desse comportamento".

²⁹ Ac. do STJ, de 17/12/2015 (comentada por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e JORGE MORAIS CARVALHO, "Direitos do Consumidor em Caso de Falta de Conformidade do Bem com o Contrato", 2016).



Procede-se agora à análise de cada um dos direitos que o consumidor pode exercer em caso de desconformidade do bem com o contrato.

3. Reparação do bem

Em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, um dos direitos que o consumidor pode exercer consiste em exigir ao vendedor que a conformidade seja reposta através de reparação.

A reparação é na sua essência uma operação material sobre a coisa, transformando-a no sentido de esta passar a estar conforme com o contrato. Também se deve considerar tratar-se de reparação no caso de não ser necessária uma intervenção direta na coisa, mas um ato que, não afetando diretamente o bem, altera alguma qualidade ou faculdade a este inerente. É o caso de a desconformidade resultar da falta de um registo, de uma garantia ou do cumprimento de uma obrigação, constituindo a reparação a realização do registo, a concessão da garantia ou o cumprimento da obrigação. Neste sentido, o art. 1.º-B-h), aditado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, define reparação em termos amplos como “a reposição do bem de consumo em conformidade com o contrato”.

Nos termos do art. 4.º-2 do Decreto-Lei n.º 67/2003, a reparação deve ser realizada dentro de um prazo razoável e tendo em conta a natureza do defeito, se se tratar de um imóvel, e num prazo de 30 dias, tratando-se de um bem móvel. Em qualquer caso, exige-se a sua realização sem grave inconveniente

para o consumidor. Esta norma foi alterada pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, passando a impor-se, no que respeita aos bens móveis, um prazo fixo para o cumprimento da obrigação de reparação. Evita-se, assim, pelo menos parcialmente, a difícil tarefa de determinar, em cada caso, o modo de preenchimento dos conceitos indeterminados *prazo razoável* e *grave inconveniente*.

O prazo razoável continua a ser o critério em sede de reparação de bens imóveis. Trata-se de conceito indeterminado, que deve ser preenchido no caso concreto³⁰. O princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações, previsto no art. 762.º-2 do CC, pode ser um elemento a utilizar pelo intérprete na concretização daquele conceito³¹, embora também este seja indeterminado. Deve analisar-se a situação concreta, concluindo-se acerca do prazo normal para efetuar aquela reparação. Em princípio, será este o prazo razoável.

A reparação de um bem móvel deve ser feita no prazo de 30 dias. O prazo conta-se a partir do momento em que o bem é entregue ao vendedor para reparação. Se este necessitar de efetuar alguma peritagem, o tempo gasto nesta operação é integrado nos 30 dias.

Quer a reparação de bem móvel quer a reparação de bem imóvel devem ser feitas sem grave inconveniente para o consumidor. Tratando-se de bem móvel, a reparação terá de ser feita em menos de 30 dias se o consumidor tiver um grave inconveniente com a reparação nesse prazo³². A concretização do conceito indeterminado de grave inconveniente deve ter em conta o caso concreto, relevando, no-

³⁰ SARA LARCHER, "Contratos Celebrados Através da Internet", 2005, p. 209.

³¹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, "Empreitada de Bens de Consumo", 2005, p. 30.

³² MARIA OLINDA GARCIA, "O Consumidor Mais Protegido", 2008, p. 37.



meadamente, circunstâncias relativas à relação entre o consumidor e o bem.

No caso de a reparação não ser realizada nos prazos referidos, o vendedor incorre em responsabilidade contraordenacional, nos termos do art. 12.º-A-1-a) do Decreto-Lei n.º 67/2003, aditado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008.

Além da sanção contraordenacional, o incumprimento do prazo para a reparação atribui ao consumidor o direito de optar imediatamente por outra solução. Apesar de não se encontrar expressamente prevista na lei, esta solução resulta do espírito do regime, podendo escolher-se outro direito, nomeadamente a resolução do contrato, sempre que o anterior não tenha reposto a conformidade no bem³³.

Nos termos do art. 4.º-1, a conformidade tem de ser reposta sem encargos. A reparação do bem não deve, assim, implicar qualquer custo para o consumidor. O n.º 3 esclarece que os encargos são as “despesas necessárias para repor o bem em conformidade com o contrato, incluindo, designadamente, as despesas de transporte, de mão-de-obra e material”. A lista não é exaustiva, pelo que outras despesas relativas à reposição da conformidade do bem, como custos com peritagens ou avaliações (ou o estacionamento do automóvel na oficina³⁴), devem considerar-se incluídas. Portanto, o consumidor não tem de pagar qualquer valor pela reparação, incluindo os custos do envio do bem para o vendedor.

³³ GIOVANNA CAPILLI, “Las Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, 2007, p. 1714. Jurisprudência: Ac. do TRL, de 14/2/2012; Sentença do CICAP, de 27/8/2014. Contra (sustentando mesmo a existência de uma hierarquia entre a reparação e a substituição, contrária ao direito europeu): Sentença do JP de Coimbra, de 24/5/2013.

³⁴ Ac. do TRG, de 8/5/2012.

A questão de saber se o consumidor pode promover a reparação do bem, exigindo depois o pagamento dos custos ao vendedor, não encontra resposta expressa no diploma. Pensamos que a reposição da conformidade do bem deve ser exigida diretamente ao vendedor³⁵. Este tem de ter a possibilidade de, num primeiro momento, confirmar o estado do bem e a existência de desconformidade com o contrato e, num segundo momento, proceder à sua reposição. Não tem, nomeadamente, de estar sujeito ao pagamento do preço da reparação por um terceiro, até porque pode ter meios próprios para o fazer de forma mais económica.

A resposta será diferente no caso de o consumidor não ter obtido do vendedor resposta para o seu pedido. Se, nos prazos definidos, o bem não for reparado, deve considerar-se definitivamente incumprido o contrato, pelo que o consumidor, além de poder resolver o contrato, tem de ter a possibilidade de, extrajudicialmente³⁶, por respeito ao princípio da boa-fé, “traduzido no equilíbrio das prestações contratuais”³⁷, proceder à reposição da conformidade com o apoio de um terceiro, exigindo o pagamento do preço ao vendedor³⁸. Esta conclusão

³⁵ FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, 2004, p. 116, n. 106; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso*, 1994, p. 389. Jurisprudência: Ac. do STJ, de 6/7/2004; Ac. do TRL, de 9/3/2006; Ac. do TRP, de 24/11/2008.

³⁶ JOÃO CURA MARIANO, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 2013, p. 145. Contra: Ac. do STJ, de 7/7/2010. Judicialmente, o tribunal também pode condenar o profissional a, no caso de não proceder à reparação no prazo definido, pagar o preço respetivo ao consumidor: Sentença do JP de Palmela, de 31/3/2013.

³⁷ Ac. do TRP, de 24/2/2014.

³⁸ Ac. do STJ, de 16/3/2010; Ac. do TRL, de 23/6/2009; Ac. do TRC, de 4/5/2010; Ac. do TRC, de 16/2/2016; Ac. do TRP, de 16/5/2016; Sentença do JP do

é especialmente válida no caso de se tratar de reparações urgentes, que ponham em causa a utilização do bem³⁹ ou agravem a situação.

Deve permitir-se ao consumidor que, se assim o entender, faça a fiscalização da reparação, embora os custos dessa fiscalização não possam ser imputados ao profissional⁴⁰.

Num condomínio, o proprietário de fração autónoma pode exigir ao profissional a reparação de parte comum se a desconformidade da sua fração tiver origem em desconformidade dessa parte comum⁴¹.

4. Substituição do bem

Em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, outro dos direitos que o consumidor pode exercer consiste em exigir ao vendedor que a conformidade seja reposta através de substituição do bem.

A substituição consiste na devolução do bem pelo comprador ao vendedor e na entrega de um novo bem pelo vendedor ao comprador. O bem anteriormente entregue não era conforme com o contrato, devendo o bem novo sê-lo. O bem entregue em substituição deve, assim, ter as características

Seixal, de 29/4/2008.

³⁹ Ac. do STJ, de 27/5/2010; Ac. do STJ, de 18/1/2011; Ac. do TRP, de 14/9/2009. Referindo-se a esta possibilidade "apenas em casos de manifesta urgência": FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, "A Alternatividade dos Meios de Defesa do Consumidor", 2012, pp. 160 e 161, n. 13; Ac. do STJ, de 19/4/2012.

⁴⁰ Sentença do JP do Funchal, de 9/12/2014.

⁴¹ Ac. do TRL, de 2/6/2016.

estipuladas pelas partes. O exercício do direito de substituição pressupõe a fungibilidade da coisa (conceito subjetivo, na medida em que o caráter fungível ou infungível depende da forma como a coisa foi configurada pelas partes), mas não que se trate de um bem produzido em série. Em teoria, podemos ter a substituição de um carro por uma mota se as características estipuladas pelas partes abrangerem carros e motas com determinadas especificidades.

Nada impede o exercício do direito de substituição se o objeto do contrato for uma coisa usada. Salvo no caso de as partes terem estipulado, expressa ou tacitamente, a infungibilidade da coisa, podemos ter outras coisas usadas, ou até novas, a poder substituir a coisa usada desconforme com o contrato. Já se o objeto do contrato for uma coisa nova, a sua substituição por uma coisa usada não repõe a conformidade com o contrato. Se o consumidor descobrir apenas mais tarde, mas ainda dentro do prazo da garantia legal, que a coisa é usada e, portanto, desconforme com o contrato, pode exercer os direitos previstos no Decreto-Lei n.º 67/2003.

O exercício do direito de substituição cria duas obrigações: a devolução do primeiro bem pelo comprador ao vendedor e a entrega de um novo bem pelo vendedor ao comprador. Entre as duas obrigações existe um sinalagma, pelo que o vendedor se pode recusar a entregar o novo bem no caso de o comprador não entregar o bem que tem em seu poder ou não permitir a sua recolha pelo vendedor, conforme o caso.

Tal como a reparação, a substituição deve ser feita dentro de um prazo razoável, se se tratar de um imóvel (tratando-se de empreitada, será o prazo razoável para a realização de uma

nova obra⁴²), e dentro do prazo de 30 dias, se estiver em causa um bem móvel, em ambos os casos sem grave inconveniente para o consumidor (art. 4.º-2). Deve analisar-se casuisticamente o preenchimento destes conceitos, mas estatisticamente a substituição será mais rápida do que a reparação.

O consumidor pode exigir sempre a substituição, mesmo que já tenha utilizado o bem⁴³, exceto se esta for impossível ou se o pedido constituir abuso de direito, nos termos do art. 4.º-5. Não se exige expressamente que o pedido não seja desproporcionado, ao contrário do que resulta do art. 3.º-3 da Diretiva 1999/44/CE, em que se determina que a opção não pode implicar custos para o vendedor que, em comparação com outra opção, não sejam razoáveis, tendo em conta o valor do bem, a importância da desconformidade e a possibilidade de outra solução. Estes princípios resultam da exigência de boa-fé no comportamento das partes, embora a não consagração deste regime no direito português deva ser interpretada no sentido de não se ter pretendido aplicar critérios essencialmente matemáticos na decisão sobre a melhor forma de repor a conformidade do bem. Assim, resulta da aplicação do princípio da boa-fé a conclusão de que, não havendo razão para uma perda de confiança em relação ao bem, se o defeito puder ser reparado imediata e rapidamente pelo vendedor, o comprador não pode exigir a substituição do bem (ou a resolução do contrato).

A substituição deve ser feita sem encargos para o consumidor, pelo que as despesas de devolução do bem desconforme e envio ou recolha do novo bem ficam a cargo do pro-

⁴² PEDRO ROMANO MARTINEZ, "Empreitada de Bens de Consumo", 2005, p. 31.

⁴³ Ac. do TRG, de 11/10/2012.

fissional, incluindo as de remoção no caso de o bem ter sido instalado de boa-fé em determinado local⁴⁴.

Tal como na reparação, o consumidor não pode proceder à substituição do bem à sua custa, exigindo depois do vendedor o pagamento do valor correspondente. No entanto, o consumidor já poderá fazê-lo se o vendedor não substituir o bem nos prazos legalmente previstos⁴⁵.

5. Resolução do contrato

A resolução do contrato implica a destruição dos seus efeitos, tendo em princípio eficácia retroativa, nos termos do art. 434.º do CC. Neste caso, o fundamento da resolução é a desconformidade do bem com o contrato, ou seja, o incumprimento da obrigação por parte do vendedor. A resolução implica a devolução do valor pago pelo consumidor, não sendo admissível, salvo acordo entre as partes, que esse valor seja creditado numa eventual conta do consumidor junto do profissional, para utilização em futuros contratos⁴⁶.

A resolução do contrato é feita por declaração do consumidor dirigida ao profissional⁴⁷, nos termos gerais do art. 436.º-1 do CC.

Não existindo hierarquia entre os direitos, o consumidor

⁴⁴ Ac. do TJUE, de 16/6/2011.

⁴⁵ Ac. do TRG, de 16/3/2009.

⁴⁶ Sentença do JP do Porto, de 13/6/2013.

⁴⁷ FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, 2004, p. 181. Jurisprudência: Sentença do JP de Coimbra, de 29/4/2009.

pode, em princípio, exigir imediatamente a resolução do contrato em caso de desconformidade do bem. Não foram transpostos para a lei portuguesa quer o art. 3.º-5 da Diretiva 1999/44/CE, que faz depender a resolução do contrato da circunstância de a reparação ou a substituição não terem reposto a conformidade, quer o art. 3.º-6, que estabelece que “o consumidor não tem direito à [...] [resolução] do contrato se a falta de conformidade for insignificante”.

Em relação à primeira norma, como já se referiu, a escolha do consumidor apenas se encontra limitada pela impossibilidade e pelo abuso de direito, não existindo na lei portuguesa uma hierarquia entre os direitos. Em relação à segunda norma, entende-se que a exigência de resolução do contrato face a uma falta de conformidade insignificante dificilmente não representa o exercício ilegítimo de um direito, por o consumidor exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé, resolvendo-se assim a questão em sede de abuso de direito⁴⁸, nos termos gerais deste instituto.

O direito de resolução pode ser exercido “mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao comprador”, nos termos do art. 4.º-4. Esta norma aplica-se no caso de o bem não ser conforme com o contrato por outra causa que não o perecimento ou deterioração da coisa e, durante o período em que se revela a falta de conformidade, o bem perecer ou deteriorar-se. Estabelece-se neste caso que o risco corre por conta do vendedor a partir do momento em que se revela a falta de conformidade. A referência

⁴⁸ CALVÃO DA SILVA, *Venda de Bens de Consumo*, 2005, p. 109. Jurisprudência: Ac. do TRL, de 31/5/2007; Sentença do JP da Trofa, de 12/10/2006.

à imputabilidade do evento a uma das partes no final do preceito é desnecessária, uma vez que a dúvida apenas poderia existir em relação às situações em que aquele não é imputável a qualquer uma delas, questão que o preceito vem regular. Afasta-se, assim, a aplicação do art. 432.º-2 do CC, que estabelece que "a parte [...] que, por circunstâncias não imputáveis ao outro contraente, não estiver em condições de restituir o que houver recebido não tem o direito de resolver o contrato"⁴⁹. Portanto, se o bem desconforme com o contrato perecer ou se deteriorar (ou for furtado⁵⁰) após a denúncia e antes da reposição da conformidade pelo vendedor, o consumidor pode resolver o contrato. Só não será assim se o perecimento ou deterioração da coisa lhe for imputável⁵¹. Se apenas for imputável ao consumidor o agravamento do prejuízo, na sequência do perecimento ou deterioração da coisa, este mantém o direito de resolução, mas tem de indemnizar o vendedor por esse prejuízo.

Outra questão consiste em saber se a utilização do bem pelo consumidor durante um determinado período pode levar a uma redução do valor a restituir pelo vendedor. A resolução tem efeito retroativo, nos termos do art. 434.º-1 do CC, e a falta de conformidade presume-se existente no momento da entrega (art. 3.º do Decreto-Lei n.º 67/2003), pelo que a regra é a de que o consumidor não tem de pagar qualquer valor pela utilização do bem⁵².

⁴⁹ CALVÃO DA SILVA, *Venda de Bens de Consumo*, 2005, p. 110; PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, 2008, p. 994, n. 2778.

⁵⁰ Sentença do JP do Porto, de 7/6/2006.

⁵¹ Ac. do TRL, de 27/5/2004.

⁵² Ac. do TJUE, de 17/4/2008; Ac. do TRL, de 6/12/2011. Contra: CALVÃO DA



6. Redução do preço

Em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, o consumidor pode também exercer o direito de redução do preço. Trata-se provavelmente do direito estatisticamente menos utilizado pelos consumidores, não deixando no entanto de ser expressamente conferido pelo art. 4.º do Decreto-Lei n.º 67/2003.

O exercício deste direito pressupõe a vontade do consumidor de ficar com o bem, mesmo desconforme⁵³.

O diploma não contém qualquer elemento para a determinação do valor da redução, mas este deve ser apurado com recurso a critérios objetivos, não estando na dependência de uma avaliação subjetiva do valor da falta de conformidade pelo consumidor. Na falta de outros critérios, podem ser aplicadas as normas do CC que regulam a redução do preço no caso de venda que fica limitada a parte do seu objeto (art. 884.º), de venda de bens onerados (art. 911.º) e de empreitada defeituosa (art. 1222.º)⁵⁴.

A redução do preço corresponde ao valor da desvalorização do bem. Deve ser feita uma avaliação da percentagem

SILVA, *Venda de Bens de Consumo*, 2010, p. 109; ARMANDO BRAGA, *A Venda de Coisas Defeituosas no Código Civil*, 2005, p. 71. Jurisprudência: Ac. do STJ, de 5/5/2015; Ac. do TRP, de 2/3/2015.

⁵³ FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, 2004, p. 162.

⁵⁴ PEDRO ROMANO MARTINEZ, "Empreitada de Bens de Consumo", 2005, p. 32.

de desvalorização do bem, tendo em conta a desconformidade com o contrato⁵⁵, ou da utilidade patrimonial ainda assim retirada do que foi prestado⁵⁶. A aplicação da percentagem ao preço efetivamente pago (independentemente de esse preço corresponder ou não, nesse momento, ao preço de mercado) determina o valor da redução, devendo o vendedor restituir montante correspondente na consequência do exercício do direito pelo consumidor. Reequilibram-se por esta via as prestações⁵⁷.

O valor relativo ao IVA é englobado proporcionalmente na redução do preço⁵⁸.

A utilização do bem pelo consumidor é irrelevante para esta avaliação⁵⁹.

Na prática, o exercício extrajudicial deste direito depende da existência de um acordo entre o vendedor e o comprador quanto ao valor da redução. Ao contrário das outras soluções, nesta o remédio tem de ser quantificado, pelo que é necessário um maior diálogo entre as partes. Pode ser especialmente útil nos casos em que o preço ainda não foi (total ou parcialmente) pago⁶⁰.

⁵⁵ RUI BAYÃO DE SÁ GOMES, "Breves Notas sobre o Cumprimento Defeituoso no Contrato de Empreitada", 1998, p. 624.

⁵⁶ JORGE MATTAMOUROS REZENDE, "Jogo de Futebol. Desconformidade", 2006, p. 155.

⁵⁷ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "O Cumprimento Defeituoso e a Venda de Coisas Defeituosas", 1998, p. 582; FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, 2004, pp. 162 e 163.

⁵⁸ Ac. do TRG, de 6/11/2014.

⁵⁹ FRANCESCO OLIVIERO, *La Riduzione del Prezzo nel Contratto di Compravendita*, 2015, p. 183.

⁶⁰ GERAINT HOWELLS, "Reflections on Remedies for Lack of Conformity", 2016, p. 153.

O direito de redução do preço pode ser exercido várias vezes, no caso de se revelarem várias faltas de conformidade com o contrato⁶¹.

Nada impede, em caso de acordo entre as partes, a utilização desta solução em conjunto com a reparação ou a substituição do bem. Na falta de acordo, o consumidor não pode exercer cumulativamente dois ou mais dos direitos conferidos legalmente, podendo, no entanto, cumular um dos direitos com um pedido de indemnização.

7. Recusa da prestação

O consumidor pode recusar-se a receber um bem desconforme com o contrato⁶².

Não correspondendo a coisa que o vendedor pretende entregar a uma coisa com as características estipuladas pelas partes, o consumidor tem o direito de a rejeitar.

Neste caso, considera-se que o vendedor ainda não cumpriu a sua obrigação de entrega do bem, podendo ou não, consoante o caso, ainda corrigir a prestação.

⁶¹ ARMANDO BRAGA, *A Venda de Coisas Defeituosas no Código Civil*, 2005, pp. 70 e 71.

⁶² CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 164.

8. Exceção de não cumprimento do contrato

O consumidor também pode recorrer à figura da exceção de não cumprimento do contrato⁶³, recusando-se a pagar o preço (ou parte do preço⁶⁴) enquanto o vendedor não lhe entregar um bem em conformidade com o contrato⁶⁵, o que, na prática, pode constituir um meio de pressão com vista ao cumprimento da obrigação pelo vendedor⁶⁶.

O regime da exceção de não cumprimento do contrato encontra-se consagrado nos arts. 428.º a 431.º do CC, aplicando-se ao contrato de compra e venda para consumo (ou outro contrato abrangido pelo âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 67/2003, como o de empreitada⁶⁷) quando o vendedor não entregue ao consumidor um bem conforme com o contrato.

Em termos processuais, trata-se de uma exceção perentória de direito material, pelo que tem de ser alegada pela

⁶³ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Venda de Bens de Consumo*, 2010, p. 114; FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, 2004, p. 144; LUÍS MENEZES LEITÃO, "O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo", 2005, p. 60; SARA LARCHER, "Contratos Celebrados Através da Internet", 2005, p. 220; ARMANDO BRAGA, *A Venda de Coisas Defeituosas no Código Civil*, 2005, p. 71. Em geral: JOSÉ JOÃO ABRANTES, *A Exceção de Não Cumprimento do Contrato*, 2012, p. 80.

⁶⁴ Ac. do STJ, de 8/6/2010.

⁶⁵ Ac. do TRP, de 20/4/2010.

⁶⁶ PEDRO VAZ MENDES, "A Exceção de Não Cumprimento nos Contratos Públicos", 2008, p. 141.

⁶⁷ Ac. do TRL, de 13/10/2015.

parte (não sendo de conhecimento oficioso⁶⁸), ainda que não necessariamente de forma expressa⁶⁹.

9. Indemnização

Independentemente do exercício de um dos outros direitos previstos na lei, o consumidor tem direito a ser indemnizado pelos danos causados pela entrega de um bem desconforme com o contrato⁷⁰.

Esta possibilidade não se encontra expressamente consagrada no Decreto-Lei n.º 67/2003⁷¹, mas resulta dos princípios gerais do cumprimento e incumprimento dos contratos e, em especial, do art. 12.º-1 da Lei de Defesa do Consumidor⁷².

O direito a indemnização existe se estiverem verificados os respetivos pressupostos, devendo salientar-se que não se tra-

⁶⁸ Ac. do STJ, de 16/3/2010.

⁶⁹ Ac. do TRC, de 21/4/2015.

⁷⁰ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Venda de Bens de Consumo*, 2010, p. 114; FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, 2004, p. 227; LUÍS MENEZES LEITÃO, "O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo", 2005, p. 59; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 164; SARA LARCHER, "Contratos Celebrados Através da Internet", 2005, p. 222; JEAN CALAIS-AULOY, "Une Nouvelle Garantie pour l'Acheteur", 2005, p. 707; ARMANDO BRAGA, *A Venda de Coisas Defeituosas no Código Civil*, 2005, p. 71. Jurisprudência: Ac. do TRC, de 4/10/2005; Ac. do TRL, de 31/5/2007; Sentenças do JP de Lisboa, de 31/8/2007 e 25/2/2010.

⁷¹ O art. 3.º-1 do Decreto-Lei n.º 67/2003 prevê que "o vendedor responde perante o consumidor [...]", mas a responsabilidade prevista nesta norma parece circunscrever-se aos direitos conferidos pelo diploma e não a uma indemnização pelos danos que por eles não se encontrem cobertos.

⁷² Ac. do TRP, de 15/12/2016.

ta aqui de responsabilidade civil objetiva⁷³. Com efeito, o profissional apenas é responsável pelo prejuízo que tenha causado ao consumidor, na sequência de uma falta culposa ao cumprimento da obrigação. No entanto, tratando-se de responsabilidade contratual, a culpa presume-se, nos termos do art. 799.º do CC⁷⁴. O consumidor tem de provar apenas a desconformidade, o dano e o nexo de causalidade.

O consumidor tem direito a indemnização pelo interesse contratual positivo⁷⁵, sendo ressarcíveis quer os danos patrimoniais quer os danos não patrimoniais⁷⁶, não se encontrando consagrada no direito português a figura da indemnização punitiva.

Na prática, os tribunais portugueses não são especialmente generosos com os lesados no que respeita à ressarcibilidade de danos não patrimoniais⁷⁷. Cita-se, a título de exemplo, o sumário do Ac. do TRE, de 12/3/2015: “o desgaste psicológico típico, decorrente da verificação de defeitos em imóvel adquirido e da sua não eliminação, não merece a tutela do direito, para efeitos de compensação por danos morais”⁷⁸. Considera-

⁷³ FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, 2004, p. 227. Jurisprudência: Ac. do STJ, de 24/1/2008; Ac. do TRP, de 29/10/2009.

⁷⁴ Ac. do STJ, de 3/10/2013; Ac. do TRC, de 28/5/2013.

⁷⁵ Ac. do TRP, de 25/11/2014.

⁷⁶ Ac. do STJ, de 24/9/2009; Ac. do STJ, de 9/9/2014; Ac. do TRL, de 28/5/2009; Ac. do TRP, de 14/9/2009; Ac. do TRL, de 1/3/2012; Ac. do TRG, de 29/5/2012; Ac. do TRE, de 15/1/2015; Ac. do TRC, de 1/3/2016; Ac. do TRC, de 10/5/2016; Sentença do JP de Lisboa, de 31/12/2008; Sentença do JP do Porto, de 8/6/2009.

⁷⁷ ALEXANDRE MOTA PINTO, “Venda de Bens de Consumo e Garantias”, 2016, p. 204.

⁷⁸ Na Sentença do JP de Sintra, de 28/9/2012, apesar de se dar como provado que “toda a situação provocou irritação ao demandante”, não são atri-



-se que o simples desgaste causado por um litígio de consumo não é suscetível de causar danos não patrimoniais indemnizáveis⁷⁹. Com efeito, o art. 496.º-1 do CC estabelece que “na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, *pela sua gravidade*, mereçam a tutela do direito”. Como referem PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, “a gravidade do dano há-de medir-se por um padrão objectivo (conquanto a apreciação deve ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não à luz de factos subjectivos”, citando como “possivelmente relevantes a dor física, a dor psíquica resultante de deformações sofridas [...], a ofensa à honra ou reputação do indivíduo ou à sua liberdade pessoal, o desgosto pelo atraso na conclusão dum curso ou duma carreira, etc.”, mas não “os simples incómodos ou contrariedades”⁸⁰. Na Sentença do Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (CNIACC), de 29/3/2016, foi atribuída uma indemnização de € 1000, por se ter concluído que a ameaça séria e constante do corte no fornecimento de energia elétrica não constitui um simples incómodo ou contrariedade. Com efeito, a energia elétrica é um dos mais essenciais serviços entre os serviços públicos essenciais, sendo dificilmente imaginável a vida sem o seu fornecimento. A ameaça reiterada do corte no seu fornecimento é suscetível de causar uma ansiedade tal que é tutelada pelo direito, pelo que a criação dessa situação e o seu agravamento são danos ressarcíveis por via indemnizatória.

buidos os € 50 requeridos, por se “perfilhar a jurisprudência maioritária que vem decidindo que os simples incómodos e arrelias não atingem um grau suficiente de gravidade para serem indemnizáveis”.

⁷⁹ Sentença do CNIACC, de 14/1/2016.

⁸⁰ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 1987, p. 499.



Noutros ordenamentos jurídicos, a cultura da ressarcibilidade de danos não patrimoniais encontra-se mais enraizada. Por exemplo, no Brasil, consideram-se indemnizáveis, entre outros, os danos resultantes de o profissional não dar “a devida atenção ao problema” ou demorar “demasiadamente na solução do caso, passando, inclusive, a evitar os telefonemas do consumidor”⁸¹.

A privação do uso do bem durante o tempo em que este não se encontra em conformidade com o contrato também é indemnizável⁸², sendo para tal necessário que o consumidor consiga provar o dano (incluindo a privação do uso do bem⁸³ ou quaisquer despesas relativas ao período em que o titular se viu privado do bem) e o nexo de causalidade entre este e a falta de conformidade.

⁸¹ PAULO R. ROQUE A. KHOURI, *Direito do Consumidor*, 2013, p. 177.

⁸² Ac. do TRC, de 25/10/2011; Ac. do TRL, de 10/2/2015; Ac. do TRL, de 29/9/2016.

⁸³ Ac. do TRL, de 17/10/2006; Ac. do TRL, de 8/10/2009; Sentença do JP de Oliveira do Bairro, de 26/6/2008. Considerando que “uma pessoa só se encontra realmente privada do uso de alguma coisa, sofrendo com isso prejuízo, se realmente a pretender usar e utilizar caso não fosse a impossibilidade de dela dispor”: Ac. do TRP, de 11/11/2013.



Bibliografia

- ABRANTES, José João, *A Excepção de Não Cumprimento do Contrato*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005
- ALVES, Maria Miguel dos Santos, *Os Direitos dos Consumidores em Caso de Desconformidade da Coisa Comprada e a Sua Articulação com o Abuso do Direito*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2010/2011 (policopiado)
- BARBIERI, Diovana, "The Binding of Individuals to Fundamental Consumer Rights in the Portuguese Legal System: Can/Should it be Thought of in Terms of Direct Horizontal Effect?", in *European Review of Private Law*, Vol. 16, n.º 5, 2008, pp. 665-692
- BIANCA, C. Massimo, "L'Attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa", in *L'Attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa*, CEDAM, Padova, 2002, pp. 103-107
- BRAGA, Armando, *A Venda de Coisas Defeituosas no Código Civil – A Venda de Bens de Consumo*, Vida Económica, Porto, 2005
- CALAIS-AULOY, Jean, "Une Nouvelle Garantie pour l'Acheteur: La Garantie de Conformité", in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.º 4, 2005, pp. 701-712
- CALDAS, Luís Miguel, "Anotação Judicial – Módulo I", in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. IV, 2014, pp. 277-304
- CAPILLI, Giovanna, "Las Garantías en la Venta de Bienes de Consumo", trad. de María Teresa Álvarez Moreno, in *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LX, n.º 4, 2007, pp. 1679-1728
- CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017

- “Direitos do Consumidor em Caso de Falta de Conformidade do Bem com o Contrato”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 145.º, n.º 3997, 2016, pp. 237-248 (com ANTÓNIO PINTO MONTEIRO)
- CITRO, Flávio, “Da Garantia de Produtos Defeituosos ou Não-Conformes no Brasil e em Portugal”, in *Liber Amicorum Mário Frota – A Causa dos Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 171-207
- CRISTAS, Assunção, “Portuguese Contract Law: The Search for Regimes Unification?”, in *European Review of Contract Law*, Vol. 5, n.º 3, 2009, pp. 357-367
- “É Possível Impedir Judicialmente a Resolução de um Contrato?”, in *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 53-79
- FLORENÇA, Ânia Marques, *O Abuso do Direito no Direito do Consumo*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2015 (policopiado)
- GARCIA, Maria Olinda, “O Consumidor Mais Protegido – O Alcance do Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio”, in *Julgar*, n.º 6, 2008, pp. 35-40
- GOMES, Rui Bayão de Sá, “Breves Notas sobre o Cumprimento Defeituoso no Contrato de Empreitada” in *Ab Vno ad Omnes – 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 587-639
- HOWELLS, Geraint, “Reflections on Remedies for Lack of Conformity in Light of the Proposals of the EU Commission on Supply of Digital Content and Online and other Distance Sales of Goods”, in *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 145-161
- KHOURI, Paulo R. Roque A., *Direito do Consumidor – Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*, 6.ª edição, Atlas, São Paulo, 2013
- LARCHER, Sara, “Contratos Celebrados Através da Internet: Garantias dos Consumidores contra Vícios na Compra e Venda de Bens de Consumo”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. II, 2005, pp. 141-253
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. II, 2005, pp. 37-73

- LIMA, Pires de, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997 (com ANTUNES VARELA)
- LUMINOSO, Angelo, "Il Sistema dei Rimedi: La Riparazione e la Sostituzione del Bene Difettoso e il Diritto di Regresso del Venditore", in *L'Attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa*, CEDAM, Padova, 2002, pp. 45-81
- MARIANO, João Cura, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013
- MARTINEZ, Pedro Romano, "Compra e Venda e Empreitada", in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. III – Direito das Obrigações, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 235-263
- "Empreitada de Bens de Consumo – A Transposição da Directiva n.º 1999/44/CE pelo Decreto-Lei n.º 67/2003", in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. II, 2005, pp. 11-35
- *Cumprimento Defeituoso – Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Almedina, Coimbra, 1994
- MENDES, Pedro Vaz, "A Excepção de Não Cumprimento nos Contratos Públicos", in *O Direito*, Ano 140.º, I, 2008, pp. 119-207
- MONTEIRO, António Pinto, "Direitos do Consumidor em Caso de Falta de Conformidade do Bem com o Contrato", in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 145.º, n.º 3997, 2016, pp. 237-248 (com JORGE MORAIS CARVALHO)
- MORAIS, Fernando de Gravato, "A Alternatividade dos Meios de Defesa do Consumidor no Caso de Desconformidade da Coisa com o Contrato de Compra e Venda", in *Liber Amicorum Mário Frota – A Causa dos Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 155-169
- *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, Almedina, Coimbra, 2004
- OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011
- *Contrato de Compra e Venda – Noções Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2007

- OLIVIERO, Francesco, *La Riduzione del Prezzo nel Contratto di Compravendita*, Jovene Editore, Napoli, 2015
- PEREIRA, Patrícia da Guia, "Nótula sobre Tipologia do Incumprimento", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 637-679
- PINTO, Alexandre Mota, "Venda de Bens de Consumo e Garantias – O Direito Vivido nos Tribunais", in *I Congresso de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 189-209
- PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008
- *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008
- "O Anteprojecto de Código do Consumidor e a Venda de Bens de Consumo", in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. III, 2006, pp. 119-134
- REZENDE, Jorge Mattamouros, "Jogo de Futebol. Desconformidade", in *Conflitos de Consumo*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 153-155
- SANTOS, Pedro Manuel Moreira da Silva, *Responsabilidade Civil e Garantias no Âmbito do Direito do Consumo*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2012 (policopiado)
- SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010
- SOUSA, Miguel Teixeira de, "O Cumprimento Defeituoso e a Venda de Coisas Defeituosas", in *Ab Vno ad Omnes – 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 567-585
- TEIXEIRA, Micael Martins, "A Prova no Direito do Consumo: Uma Abordagem Tópica", in *I Congresso de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 139-158
- VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997 (com PIRES DE LIMA)



Jurisprudência:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

- Acórdão de 17 de abril de 2008, Processo C-404/06
- Acórdão de 16 de junho de 2011, Processos C-65/09 e C-87/09
- Acórdão de 4 de junho de 2015, Processo C-497/13

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Acórdão de 3 de junho de 2004, Processo n.º 04B694 (Noronha do Nascimento)
- Acórdão de 6 de julho de 2004, Processo n.º 04B1686 (Noronha do Nascimento)
- Acórdão de 15 de março de 2005, Processo n.º 04B4400 (Lucas Coelho)
- Acórdão de 13 de dezembro de 2007, Processo n.º 07A4160 (Fonseca Ramos)
- Acórdão de 24 de janeiro de 2008, Processo n.º 07B4302 (Pereira da Silva)
- Acórdão de 24 de setembro de 2009, Processo n.º 09B0368 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza)
- Acórdão de 16 de março de 2010, Processo n.º 97/2002.L1.S1 (Alves Velho)
- Acórdão de 16 de março de 2010, Processo n.º 6817/06.5TBBERG.G1.S1 (Urbano Dias)
- Acórdão de 27 de maio de 2010, Processo n.º 69/06-4TBMDB.P1.S1 (Azevedo Ramos)
- Acórdão de 8 de junho de 2010, Processo n.º 135/07.9YIVNG.P1.S1 (Oliveira Vasconcelos)
- Acórdão de 7 de julho de 2010, Processo n.º 31/04.1BTMC.S1 (Ferreira de Almeida)
- Acórdão de 9 de novembro de 2010, Processo n.º 12.764/03.5TOER.L1.S1 (Urbano Dias)
- Acórdão de 18 de janeiro de 2011, Processo n.º 1313/03.5TBEPS.G1.S1 (Fonseca Ramos)
- Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, Processo n.º 3958/06.3TBGDM.P1.S1 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza)

- Acórdão de 19 de abril de 2012, Processo n.º 453/06.3TBSLV.E1.S1 (Ana Paula Boularot)
- Acórdão de 3 de outubro de 2013, Processo n.º 1399/10.6TBPVZ.P1.S1 (Lopes do Rego)
- Acórdão de 9 de setembro de 2014, Processo n.º 77/09.3TBSVC.L1.S1 (Mário Mendes)
- Acórdão de 5 de maio de 2015, Processo n.º 1725/12.3TBRG.G1.S1 (João Camilo)
- Acórdão de 17 de dezembro de 2015, Processo n.º 1174/12.3TVLSB.L1.S1 (Maria da Graça Trigo)

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA

- Acórdão de 4 de outubro de 2005, Processo n.º 1461/05 (Monteiro Casimiro)
- Acórdão de 4 de maio de 2010, Processo n.º 193/09.1TBCVL-A.C1 (António Magalhães)
- Acórdão de 25 de outubro de 2011, Processo n.º 351/10.6TBPCV.C1 (Moreira do Carmo)
- Acórdão de 6 de dezembro de 2011, Processo n.º 447/09.7TBVIS.C1 (Sílvia Pires)
- Acórdão de 28 de maio de 2013, Processo n.º 469/11.8T2ILH.P1.C1 (Fernando Monteiro)
- Acórdão de 10 de março de 2015, Processo n.º 181/13.3TBSPS.C1 (Carlos Moreira)
- Acórdão de 21 de abril de 2015, Processo n.º 123740/08.5YIPRT.C1 (Barateiro Martins)
- Acórdão de 16 de fevereiro de 2016, Processo n.º 12/14.7TBAGN.C1 (Arlindo Oliveira)
- Acórdão de 1 de março de 2016, Processo n.º 1684/08.7TBCBR.C1 (Jorge Arcanjo)
- Acórdão de 10 de maio de 2016, Processo n.º 330/13.1TBSCD.C1 (Carlos Moreira)



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA

- Acórdão de 15 de janeiro de 2015, Processo n.º 268/13.2TBACN.E1 (Mário Serrano)
- Acórdão de 12 de março de 2015, Processo n.º 6330/11.9TBSTB.E1 (Sílvio Sousa)

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

- Acórdão de 16 de março de 2009, Processo n.º 282/07.7BBG.G1 (Conceição Bucho)
- Acórdão de 13 de outubro de 2011, Processo n.º 1327/07.6TBPVZ.G1 (António Sobrinho)
- Acórdão de 8 de maio de 2012, Processo n.º 378/09.0TBEPS.G1 (Fernando Fernandes Freitas)
- Acórdão de 29 de maio de 2012, Processo n.º 2508/09.3TBBCL.G1 (Fernando Fernandes Freitas)
- Acórdão de 11 de outubro de 2012, Processo n.º 1159/08.4TBVCT.G2 (António Sobrinho)
- Acórdão de 6 de novembro de 2014, Processo n.º 94298/12.4YIPRT (António Sobrinho)
- Acórdão de 14 de abril de 2016, Processo n.º 432/10.6TBCHV.G1 (Maria da Purificação Carvalho)

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- Acórdão de 27 de maio de 2004, Processo n.º 3288/2004-2 (Ezagüy Martins)
- Acórdão de 15 de dezembro de 2005, Processo n.º 11735/2005-6 (Arlindo Rocha)
- Acórdão de 9 de março de 2006, Processo n.º 1180/2006-6 (Granja da Fonseca)
- Acórdão de 17 de outubro de 2006, Processo n.º 3534/2006-7 (Graça Amaral)
- Acórdão de 31 de maio de 2007, Processo n.º 3862/2007-6 (Granja da Fonseca)
- Acórdão de 28 de maio de 2009, Processo n.º 1242/2002.L1-6 (Carlos Valverde)
- Acórdão de 18 de junho de 2009, Processo n.º 11157/2008-6 (Manuel Gonçalves)

- Acórdão de 23 de junho de 2009, Processo n.º 5421/07.5TCLRS.L1-7 (Roque Nogueira)
- Acórdão de 8 de outubro de 2009, Processo n.º 3359/07.5TBVD.L1-8 (Catarina Arêlo Manso)
- Acórdão de 6 de dezembro de 2011, Processo n.º 850/10.0YXLSB.L1-7 (Cristina Coelho)
- Acórdão de 14 de fevereiro de 2012, Processo n.º 111/08.4TBMTA.L1-1 (Teresa Henriques)
- Acórdão de 1 de março de 2012, Processo n.º 777/09.8TBALQ.L1-6 (Tomé Ramião)
- Acórdão de 18 de abril de 2013, Processo n.º 3965/08.0TMSNT.L1-8 (Maria Amélia Ameixoeira)
- Acórdão de 10 de fevereiro de 2015, Processo n.º 2360/13.4TBOER.L1-1 (Manuel Marques)
- Acórdão de 14 de abril de 2015, Processo n.º 1174/12.3TVLSB-7 (Maria Amélia Ribeiro)
- Acórdão de 13 de outubro de 2015, Processo n.º 28576/11.0T2SNT.L1-1 (Maria Adelaide Domingos)
- Acórdão de 2 de junho de 2016, Processo n.º 3941-14.4T8SNT-A.L1-6 (Maria Teresa Pardal)
- Acórdão de 29 de setembro de 2016, Processo n.º 1108/08.0TBMTJ.L1.-2 (Jorge Leal)

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

- Acórdão de 24 de novembro de 2008, Processo n.º 0856163 (Maria Adelaide Domingos)
- Acórdão de 14 de setembro de 2009, Processo n.º 542/2001.P1 (Abílio Costa)
- Acórdão de 29 de outubro de 2009, Processo n.º 452/08.0TJPRT.P1 (Deolinda Varão)
- Acórdão de 4 de fevereiro de 2010, Processo n.º 1362/05.9TBGDM.P1 (José Ferraz)

- Acórdão de 20 de abril de 2010, Processo n.º 1859/07.6YIVNG.P1 (Henrique Antunes)
- Acórdão de 20 de abril de 2010, Processo n.º 1451/08.8TJPRT.P1 (Sílvia Pires)
- Acórdão de 15 de setembro de 2011, Processo n.º 7679/08.3TBMTS.P1 (Teles de Menezes)
- Acórdão de 4 de novembro de 2013, Processo n.º 4357/10.7TBGDM.P1 (Soares de Oliveira)
- Acórdão de 11 de novembro de 2013, Processo n.º 270/12.1TBGDC.P1 (Manuel Domingos Fernandes)
- Acórdão de 24 de fevereiro de 2014, Processo n.º 1175/11.9TBVLG.P1 (Ana Paula Amorim)
- Acórdão de 29 de maio de 2014, Processo n.º 1295/11.0TBVCD-B.P1 (José Manuel de Araújo Barros)
- Acórdão de 25 de novembro de 2014, Processo n.º 130850/12.2YIPRT.P1 (Fernando Samões)
- Acórdão de 2 de março de 2015, Processo n.º 9455/09.7TBMAI.P1 (Caimoto Jácome)
- Acórdão de 10 de fevereiro de 2016, Processo n.º 4990/14.8TBVNG.P1 (Tomé Raimão)
- Acórdão de 16 de maio de 2016, Processo n.º 263/13.1T2ILH.P1 (Manuel Domingos Fernandes)
- Acórdão de 15 de dezembro de 2016, Processo n.º 720/10.1TVPRP.P1 (Cura Mariano)

JULGADO DE PAZ DE COIMBRA

- Sentença de 29 de abril de 2009, Processo n.º 24/2009 (Dionísio Santos Campos)
- Sentença de 24 de maio de 2013, Processo n.º 90/2013 (Dionísio Santos Campos)

JULGADO DE PAZ DO FUNCHAL

- Sentença de 17 de outubro de 2011, Processo n.º 247/2011 (Margarida Simplício)
- Sentença de 15 de novembro de 2012, Processo n.º 547/2012 (Margarida Simplício)
- Sentença de 9 de dezembro de 2014, Processo n.º 306/2014 (Margarida Simplício)

JULGADO DE PAZ DE LISBOA

- Sentença de 31 de agosto de 2007, Processo n.º 160/2007 (João Chumbinho)
- Sentença de 31 de dezembro de 2008, Processo n.º 613/2008 (João Chumbinho)
- Sentença de 25 de fevereiro de 2010, Processo n.º 545/2009 (João Chumbinho)

JULGADO DE PAZ DE OLIVEIRA DO BAIRRO

- Sentença de 26 de junho de 2008, Processo n.º 38/2008 (Sofia Campos Coelho)

JULGADO DE PAZ DE PALMELA

- Sentença de 31 de janeiro de 2013, Processo n.º 304/2012 (António Carreiro)

JULGADO DE PAZ DO PORTO

- Sentença de 7 de junho de 2006, Processo n.º 111/2006 (Paulo Brito)
- Sentença de 8 de junho de 2009, Processo n.º 444/2007 (Luís Filipe Guerra)
- Sentença de 13 de junho de 2013, Processo n.º 1379/2012 (Cristina Barbosa)

JULGADO DE PAZ DO SEIXAL

- Sentença de 29 de abril de 2008, Processo n.º 93/2008 (Fernanda Carretas)

JULGADO DE PAZ DE SINTRA

– Sentença de 28 de setembro de 2012, Processo n.º 613/2012 (Gabriela Cunha)

JULGADO DE PAZ DA TROFA

– Sentença de 12 de outubro de 2006, Processo n.º 11/2006 (Ângela Cerdeira)

CENTRO DE INFORMAÇÃO DE CONSUMO E ARBITRAGEM DO PORTO (CICAP)

– Sentença de 27 de agosto de 2014 (Paulo Duarte)

– Sentença de 27 de abril de 2016 (Sara Lopes Ferreira)

CENTRO NACIONAL DE INFORMAÇÃO E ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO (CNIACC)

– Sentença de 14 de janeiro de 2016 (Jorge Morais Carvalho)

– Sentença de 29 de março de 2016 (Jorge Morais Carvalho)

PROTEÇÃO DE DADOS E DIREITOS DE PERSONALIDADE: UMA RELAÇÃO DE INTERIORIDADE CONSTITUTIVA. OS BENEFICIÁRIOS DA PROTEÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Mafalda Miranda Barbosa

I – Formulação do problema

A proteção de dados está na ordem do dia, contaminando o discurso jurídico e levando o jurista a debruçar-se sobre os problemas que ela faz emergir. Vários são os fatores determinativos do fenómeno. Se outrora a questão da proteção de dados se colocava, preferencialmente, por referência aos poderes públicos – surgindo a questão da proteção de dados associada à necessidade de conter a intromissão do Estado na vida dos cidadãos –, hoje, sem esquecer o debate que recrudesce pela urgência de reponderar os limites da liberdade e da privacidade em face de ameaças tão sérias como a do terrorismo, que levam ao agigantar da segurança, a grande questão suscita-se pelo facto de estarem ao alcance dos privados meios que podem atentar contra a esfera privada dos outros sujeitos¹.

¹ Sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, que nos conduz numa viagem histórica pela origem da *privacy*, nos EUA, que não se confunde com a privacidade, nem com a proteção de dados, mas com ela dialoga, e nos evidencia essa dupla necessidade de proteção dos indivíduos contra intromissões alheias, primeiro, do Estado e, depois, também, dos outros privados, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, AAFDL, Lisboa, 2015, 267 s. e 282 s.



As sociedades atuais fizeram-se acompanhar de novos riscos em relação à privacidade². As novas tecnologias, de utilização generalizada, tornam mais fácil o acesso a dados pessoais e o cruzamento das informações assim recolhidas³.

Sobre as origens da *privacy*, cf. Samuel WARREN/LOUIS D. BRANDEIS, "The right to privacy", *Harvard Law Review*, 5, 1890, 193 s., amplamente citado e analisado por Alexandre Sousa Pinheiro.

Cf., igualmente, Collin BENNETT, "Regulating privacy. Data Protection and Public Policy in Europe and the U.S.", *Cornell University Press*, 1992, 19 s.

Sobre a não confusão entre a *privacy* e a privacidade, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 267. A questão passa, conforme explicita o autor, pela integração na *privacy* de dois elementos, a *decisional privacy* e a *informational privacy*. Enquanto a primeira diz respeito a comportamentos do indivíduo, ditados por decisões próprias relativamente às quais se reivindica um right to be alone, e se tentam justificar práticas como o aborto, as relações homossexuais, etc (cf. pág. 364), a segunda diria respeito à proteção de dados.

Sobre esta perspetiva norte-americana da privacidade, cf., igualmente, Paulo Mota PINTO, "Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada", *Boletim da Faculdade de Direito*, 69, 1993, 479 s.

Refira-se, pela importância das questões, que não é possível configurar um direito a ser deixado só no sentido de legitimar comportamentos que atentam diretamente contra a dignidade da pessoa humana, enquanto categoria ética. Ao individualismo alicerçador dessa perspetiva opomos o personalismo e uma conceção do direito na qual ele não pode ser pensado sem o salto para o patamar ético-axiológico.

Para uma referência ao problema, cf. Mafalda Miranda Barbosa, "Em busca da congruência perdida em matéria da proteção da vida do nascituro – a perspetiva juscivilística", *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 92, tomo I, 2016, 23 s. e "Autonomia e dignidade a propósito do fim da vida", *O Direito*, ano 148º, tomo II, 2016, 233

² J. Seabra LOPES, "A proteção da privacidade e dos dados pessoais na sociedade de informação", *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, UCP, 2002, 779 s.

³ Cf. Jorge MIRANDA/Rui de MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, artigo 35º, 379-380; Alexandre de Sousa PINHEIRO, "A proteção de dados na proposta de regulamento comunitário apresentado pela Comissão Europeia: primeiras reflexões", *Direito e Política*, nº1, 2012, 9 s.; Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 427.

Nas palavras de Jorge Miranda e Rui de Medeiros, “a necessidade de tutela do indivíduo relativamente ao uso da informática faz-se sentir cada vez com mais premência tendo em conta as possibilidades de recolha e de armazenamento de informação relativa aos cidadãos por parte de terceiros e dos próprios poderes públicos, e a facilidade e a velocidade de acesso e de cruzamento de todos esses dados”⁴. No fundo, a utilização da informática veio democratizar um risco que outrora existia, apenas, por referência aos poderes públicos. Se antes o problema era fazer face à concentração de informações nas mãos do Estado, hoje, qualquer cidadão pode, pela articulação de diversos sistemas de informação, traçar um perfil completo de outra pessoa, das suas características, dos seus bens, crenças, história clínica, aspetos da vida privada, etc⁵, tornando-se, assim, imperioso regular o acesso, o tratamento e a transmissão de dados pessoais.

Não se estranha por isso que, um pouco por todo o lado, tenham surgido diversos diplomas tendentes a disciplinar a matéria. As preocupações que se começaram a sentir na década de setenta do século XX determinaram, de facto, que, em diversos ordenamentos jurídicos, fossem aprovadas as primeiras leis de proteção de dados pessoais⁶.

⁴ Jorge MIRANDA/Rui de MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, 379-380.

⁵ Referindo-se a este mesmo perigo e referindo-se a estes elementos, com invocação certa do *Big Brother* orwelliano, cf. Jorge MIRANDA/Rui de MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, 380.

Cf., ainda, Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 63 s.

⁶ Pense-se na lei de proteção de dados, de 1970, na Alemanha; na lei nacional de proteção de dados, de 1973, na Suécia; no *Fair Credit Reporting Act*, promulgado em 1970, nos EUA. Sobre o ponto e para mais desenvolvimentos, cf.

Em Portugal, o legislador constitucional previu, em 1976, no artigo 35º, o direito de todos os cidadãos de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, remetendo para a lei ordinária a definição do conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, de modo a garantir a sua proteção.

Consoante ensinam Jorge Miranda e Rui de Medeiros, "o artigo 35º contém uma imposição legiferante, tendo sido estabelecido expressamente pelo legislador constituinte que a tutela dos cidadãos relativamente à utilização da informática e o conteúdo dos seus direitos será definido por lei e nos termos da lei". A primeira lei sobre proteção de dados haveria, contudo, de surgir apenas em 1991 (Lei nº10/91, de 27 de Abril), tendo sido revogada pela lei nº67/98, de 26 de Outubro, que veio transpor para a ordem jurídica interna a Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro, e que foi sucessivamente alterada⁷.

Paralelamente, assistiu-se ao nível internacional e comunitário a uma preocupação crescente com a questão da proteção de dados. No que, agora, nos interessa, tal preocupação culminou com a aprovação do Regulamento (UE) 2016/679, relativo à proteção de dados pessoais⁸. Tendo em conta a rápida

Alexandre Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 427; Carolina MOURA, *O âmbito de aplicação material da legislação de proteção de dados pessoais*, 22 s. Veja-se, igualmente, o Parecer nº4/2007 do Grupo de Trabalho do artigo 29º

⁷ A última alteração data de Agosto de 2015 e foi introduzida pela Lei nº103/2015, de 24 de Agosto.

Igualmente relevante é a Lei nº41/2004, de 18 de Agosto, alterada pela Lei nº46/2012, de 29 de Agosto, relativa ao tratamento de dados pessoais no contexto das redes e serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público.

⁸ Outros são os marcos referenciais da evolução da disciplina da prote-

evolução tecnológica e o aumento significativo que a recolha e partilha de dados pessoais conheceu nos últimos anos, aliados à necessidade de assegurar uma proteção eficiente dos sujeitos no quadro europeu, ao mesmo tempo que se eliminam barreiras à circulação da informação nesse espaço, as instâncias comunitárias aprovaram o referido diploma⁹.

O nosso propósito nas páginas que se seguem é, depois de compreender os contornos básicos da proteção que é dispensada ao titular de dados pessoais, compreender qual o direito ou direitos que são a este nível tutelados para, a partir daí, extrairmos algumas conclusões relativamente a pontos mais nebulosos da disciplina.

II – A lei nº67/98, de 26 de Outubro, e o seu traçado básico

Em Portugal, até há bem pouco tempo, a matéria relativa à proteção de dados pessoais era, não exclusiva, mas preferencialmente, disciplinada pela Lei nº67/98, de 26 de Outubro. Por isso, antes de avançarmos na nossa análise – e até para a tornar possível –, importa conhecer os contornos gerais da disciplina instituída pelo legislador ordinário.

ção de dados ao nível internacional. Não sendo nosso propósito analisá-los, já que tal se revelaria inconsonante com a índole e a dimensão de um trabalho como este, não podemos deixar de a eles nos referir. Assim, pensamos, entre outros, na Resolução nº(73) 22 do Conselho da Europa sobre a proteção da privacidade em bancos de dados do setor privado; a Resolução nº(74) 29 do Conselho da Europa sobre a proteção da privacidade em bancos de dados do setor público; a Convenção nº108 do Conselho da Europa. Para uma análise dos seus conteúdos, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 527 s.

⁹ Cf. *considerandi* 6 e 10 do Regulamento

Nos termos do artigo 5º da lei nº67/98, de 26 de Outubro, os dados pessoais, entendidos como qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, devem ser tratados de forma lícita e com respeito pelo princípio da boa-fé; devem ser recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades; devem ser adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos e posteriormente tratados; devem ser exatos e, se necessário, atualizados, devendo ser tomadas as medidas adequadas para assegurar que sejam apagados ou retificados, quando inexatos ou incompletos, tendo em conta as finalidades para que foram recolhidos; e devem ser conservados de forma a permitir a identificação dos seus titulares apenas durante o período necessário para a prossecução das finalidades da recolha ou do tratamento posterior.

A lei parte do pressuposto de que os dados pessoais pertencem ao domínio exclusivo do seu titular. Por isso, o tratamento dos dados pessoais depende do seu consentimento, nos termos do artigo 6º Lei nº67/98.

Tal consentimento deve ser dado de forma inequívoca. Isto não significa, porém, que ele não possa ser tácito. Nos termos do artigo 217º CC, as declarações de vontade podem ser expressas ou tácitas, salvo determinação legal em contrário. Ora, sendo certo que não estaremos necessariamente diante de declarações negociais – por nem sempre estar em causa uma forma de consentimento vinculante, que o parece pressu-



por –, o artigo 295º CC manda aplicar aos atos jurídicos que não sejam negócios jurídicos as disposições próprias destes, desde que a analogia das situações o justifique. O caráter inequívoco do consentimento não é posto em causa pela natureza concludente do comportamento que o consubstancia, tanto mais que o citado artigo 217º CC vem definir a declaração tácita como aquela que “se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam”¹⁰.

Mas o consentimento já terá de ser específico e informado. Quer isto dizer que o consentimento do titular só é válido se

¹⁰ Pensemos, por exemplo, numa hipótese de gravação de uma chamada telefónica, sendo o utente do serviço alertado de que, se não der o seu consentimento, deverá contactar o prestador de serviço pelos meios de comunicação alternativos. A prossecução da chamada, nestes casos, deve ser entendida como expressão tácita do consentimento do titular dos dados pessoais.

Já será diferente a ponderação nos casos de captação de imagem por via de videovigilância. Se um comerciante utiliza câmaras de vigilância por motivos de segurança, colocando um aviso a alertar todos aqueles que acedam ao estabelecimento comercial em questão de que estão a ser filmados, com forma de prevenir eventuais atos ilícitos, parece dispensar-se o consentimento, nos termos do artigo 6º/e) Lei 67/98.

A propósito das câmaras de vigilância, tenha-se, ainda, em conta o interessante problema, a propósito do âmbito de aplicação da diretiva europeia, de determinar quando é que estamos diante de recolha de dados para uso doméstico e da questão da utilização de câmaras em casa de uma pessoa por motivos de segurança – cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 721 s.

Relativamente à forma do consentimento, veja-se Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 595, referindo-se à diretiva europeia na matéria, transposta pela lei portuguesa. Diz-nos o autor que “a referência à manifestação explícita de vontade não resolve as dúvidas quanto à forma de expressão, dado que a natureza tácita de um comportamento não colide com a sua comunicação explícita. Decorre com clareza da diretiva que não se exclui o consentimento oral. Relativamente à natureza explícita do consentimento, deve considerar-se que não seria praticável um sistema em que, para todas as fases de tratamento, fosse necessário o consentimento do titular. A recolha do consentimento deve ser, portanto, interpelada como funcionalizada ao tratamento, sendo este composto pela multiplicidade de fases que a proposta de alteração prevê” – cf. pág. 595, nota 2257.

ele tiver exato conhecimento do alcance da autorização que está a conceder e que, portanto, há-de ser previamente informado sobre questões essenciais como as referidas no artigo 10º Lei nº67/98; e, por outro lado, que ele só é válido para a finalidade específica que foi indicada pelo responsável pelo tratamento dos dados. Daí a importância da regra que determina que os dados pessoais apenas podem ser recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades, bem como daqueloutra segundo a qual, entre as informações relevantes que hão-de ser prestadas ao titular dos dados, se conta a informação relativa ao destinatário dos dados. A mesma intencionalidade preside à regra contida no artigo 20º/1 Lei nº67/98. Na verdade, ao prestar o seu consentimento, o titular dos dados autoriza uma lesão do seu direito em determinados moldes e com um certo alcance, razão pela qual a transferência desses dados para um Estado não europeu deve assegurar um nível de proteção adequado. Caso este inexista, então, a referida transmissão só pode operar mediante o consentimento do titular, salvo hipóteses especiais excecionadas pelo legislador¹¹.

Para além das informações prestadas no momento da recolha dos dados, o seu titular tem direito a obter do responsável pelo tratamento, livremente e sem restrições, com periodicidade razoável e sem demoras ou custos excessivos a confirmação de serem ou não tratados dados que lhe digam respeito, bem como

¹¹ É também a natureza específica do consentimento que determina que “no caso de recolha de dados em redes abertas, o titular dos dados deva ser informado, salvo se disso já tiver conhecimento, de que os seus dados pessoais podem circular na rede sem condições de segurança, correndo o risco de serem vistos e utilizados por terceiros não autorizados” – cf. artigo 10º/4 Lei nº67/98.



informação sobre as finalidades desse tratamento, as categorias de dados sobre que incide e os destinatários ou categorias de destinatários a quem são comunicados os dados; a comunicação, sob forma inteligível, dos seus dados sujeitos a tratamento e de quaisquer informações disponíveis sobre a origem desses dados; o conhecimento da lógica subjacente ao tratamento automatizado dos dados que lhe digam respeito. Trata-se de garantias consagradas no artigo 11º Lei nº67/98, às quais preside, em parte, a mesma intencionalidade que colora o consentimento em geral, mas apenas no que respeita aos dados recolhidos e tratados com base no consentimento do titular.

Nos termos do artigo 11º/6 Lei nº67/98, “no caso de os dados não serem utilizados para tomar medidas ou decisões em relação a pessoas determinadas, a lei pode restringir o direito de acesso nos casos em que manifestamente não exista qualquer perigo de violação dos direitos, liberdades e garantias do titular dos dados, designadamente do direito à vida privada, e os referidos dados forem exclusivamente utilizados para fins de investigação científica ou conservados sob forma de dados pessoais durante um período que não exceda o necessário à finalidade exclusiva de elaborar estatísticas”¹².

Este direito de acesso é fundamental para que o titular dos dados possa confirmar ou infirmar o cumprimento das finalidades e ainda para exercer o direito à retificação, ao apagamento ou ao bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o

¹² Isto mostra, claramente, que, para além do direito à identidade que é por esta via tutelado, se pretende com a regulamentação encontrar mecanismos de salvaguarda da vida privada.

Esta é uma nota particularmente importante na economia do nosso estudo. O seu desenvolvimento ficará, contudo, remetido para um momento posterior.

disposto na lei, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexato desses dados, conforme explicita o artigo 11º/1 d) lei nº68/98. Além disso, dispõe o artigo 5º/1 d) Lei nº67/98 que o titular dos dados tem direito à sua atualização e à retificação dos dados inexatos ou incompletos, tendo em conta as finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente.

Quer isto dizer que, mesmo depois de colhidos os dados, durante o período de tratamento, o titular destes continua a poder controlá-los de algum modo.

Nos termos do artigo 12º Lei nº67/98, o titular dos dados tem ainda direito de, salvo disposição legal em contrário, e pelo menos nos casos referidos nas alíneas d) e e) do artigo 6º, se opor em qualquer altura, por razões ponderosas e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objeto de tratamento, devendo, em caso de oposição justificada, o tratamento efetuado pelo responsável deixar de poder incidir sobre esses dados. Tem ainda a possibilidade de se opor, a seu pedido e gratuitamente, ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito previsto pelo responsável pelo tratamento para efeitos de marketing direto ou qualquer outra forma de prospeção, ou de ser informado, antes de os dados pessoais serem comunicados pela primeira vez a terceiros para fins de marketing direto ou utilizados por conta de terceiros, e de lhe ser expressamente facultado o direito de se opor, sem despesas, a tais comunicações ou utilizações. Trata-se da consagração do que vem conhecido na doutrina por direito de oposição do titular dos dados pessoais¹³.

¹³ Sobre os direitos inerentes à proteção de dados, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 658 e s., falando de direito de informação, cujo conteúdo difere consoante os dados tenham sido recolhidos direta ou

Obtido o consentimento, o responsável pelo tratamento dos dados deve notificar a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) do tratamento de dados a que vai proceder. Em determinadas situações, exige-se, contudo, mais do que a notificação, ficando a atuação do responsável dependente da autorização prévia da CNPD¹⁴. É o que acontece, entre outros casos, quando se lida com os chamados dados sensíveis. Relativamente a estes, não se parte da possibilidade de tratamento uma vez obtido o consentimento do seu titular, mas da proibição de tratamento, como regra. Nos termos do artigo 7º/1 Lei nº67/98, é proibido o tratamento de dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos¹⁵. Haverá, contudo, possibilidade de tratamento de tais dados quando uma disposição legal o admita, quando haja autorização da CNPD, se por motivos de interesse

indiretamente e se consubstancia no "direito a ser informado de forma que se consubstancie um tratamento legal"; de direito de acesso, enquanto "direito a acompanhar as vicissitudes dos tratamentos"; direito de oposição, enquanto "limitação às consequências não consentidas expressamente na recolha de dados pessoais".

¹⁴ Artigo 27º e s. Lei nº67/98

¹⁵ Sobre a identificação de dados sensíveis, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 723. Explica o autor que a conjugação entre o artigo 35º CRP e o artigo 7º Lei nº67/98 "não apresenta uma tipificação de toda a informação desta natureza", permitindo-se a ampliação dos dados sensíveis através da "cláusula aberta da vida privada". O autor dá o exemplo do fumo do cigarro que tem sido entendido pela CNPD como um dado sensível, por ser "um hábito da vida passível de comportamentos discriminatórios".

Veja-se, igualmente, Pilar Nicolás JIMÉNEZ, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Comares, Granada, 2006 e Teodoro de ALMEIDA, "O direito à privacidade e a proteção de dados genéticos: uma perspetiva de direito comparado", *Boletim da Faculdade de Direito*, 79, 2003, 355 s.

público importante esse tratamento for indispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável, ou quando o seu titular dê expressamente o seu consentimento para o referido tratamento. Deve, em qualquer dos casos, haver garantias de não discriminação e ficar salvaguardado o cumprimento de especiais medidas de segurança constantes no artigo 15º Lei nº67/98.

O tratamento de dados sensíveis é, assim, possível, nos termos do nº3 do artigo 7º Lei nº67/98, se for necessário para proteger interesses vitais do titular dos dados ou de uma outra pessoa e o titular dos dados estiver física ou legalmente incapaz de dar o seu consentimento; se for efetuado, com o consentimento do titular, por fundação, associação ou organismo sem fins lucrativos de carácter político, filosófico, religioso ou sindical, no âmbito das suas atividades legítimas, sob condição de o tratamento respeitar apenas aos membros desse organismo ou às pessoas que com ele mantenham contactos periódicos ligados às suas finalidades, e de os dados não serem comunicados a terceiros sem consentimento dos seus titulares; se disser respeito a dados manifestamente tornados públicos pelo seu titular, desde que se possa legitimamente deduzir das suas declarações o consentimento para o tratamento dos mesmos; ou se for necessário à declaração, exercício ou defesa de um direito em processo judicial e for efetuado exclusivamente com essa finalidade.

Situações há, por fim, em que é possível a recolha e tratamento de dados sem ser necessário o consentimento do titular do direito. Tal ocorre, nos termos do artigo 6º Lei nº67/98, quando esteja em causa a execução de contrato ou contratos em que o titular dos dados seja parte ou de diligências prévias



à formação do contrato ou à declaração da vontade negocial efetuadas a seu pedido; o cumprimento de obrigação legal a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; a proteção de interesses vitais do titular dos dados, se este estiver física ou legalmente incapaz de dar o seu consentimento; a execução de uma missão de interesse público ou o exercício de autoridade pública pelo responsável pelo tratamento ou pelo terceiro a quem os dados sejam comunicados; a prossecução de interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou de terceiro a quem os dados sejam comunicados, desde que não devam prevalecer os interesses ou os direitos, liberdades e garantias do titular dos dados. Em causa a prossecução de interesses legítimos ou a salvaguarda de interesses superiores do titular dos dados, em situações em que não seja possível prestar o consentimento; noutras hipóteses, porque se entra no domínio contratual ou pré-contratual é ainda a autonomia da vontade a ditar a possibilidade de recolha e tratamento de dados por alguém que não o titular dos mesmos.

III – O Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016

O Regulamento não altera a intencionalidade da disciplina legal em vigor até então, mas reforça alguns dos direitos dos titulares dos dados e torna mais rigorosos alguns procedimentos. Além disso, parece alterar a relação de forças entre a recolha e tratamento de dados consentidos pelo titular e as outras finalidades de tratamento. Na verdade, enquanto ao nível

da lei nº67/98 a regra era a do tratamento de dados com base no consentimento do titular dos mesmos, embora houvesse a previsão de situações em que dele se podia prescindir, nos termos do Regulamento (EU) 2016/679, nas condições de licitude do tratamento de dados o consentimento do titular surge na mesma posição que os restantes fundamentos.

Importa, por isso, acompanhar algumas (mas não todas) as alterações introduzidas à tutela dos dados pessoais pelo referido regulamento.

Desde logo, é o conceito de dados pessoais que parece sofrer uma ampliação. Se, nos termos da al. a) do artigo 3º da Lei nº67/98, eram definidos como qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, sendo considerada identificável a pessoa que possa ser identificada direta ou indiretamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social, o artigo 4º/1 Regulamento vem estabelecer que dados pessoais informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, sendo considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular. Não obstante a diversa formulação, cremos que a ampliação da noção não é senão aparen-



te. De facto, a falta de referência aos dados de localização ou identificadores por via eletrónica, bem como aos elementos da identidade genética não condena à sua exclusão do âmbito de relevância da lei nº67/98. Aliás, o TJUE, no acórdão de 19 de Outubro de 2016 (Proc. C-582/14), em atenção à Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, que a Lei nº67/98 vem transpor para o ordenamento jurídico interno (devendo, por isso, ser interpretada de acordo com o direito comunitário), considera que o endereço de protocolo internet dinâmico (IP) é um dado pessoal. De outro modo não poderia, aliás, deixar de ser, atenta a intencionalidade predicativa da disciplina, vertida não só na noção de dado pessoal, como nos princípios norteadores do tratamento de dados.

Estes estão, agora, especificados no artigo 5º Regulamento. De certo modo, reproduzem o que já estava anteriormente consagrado. O tratamento de dados pessoais deve ser feito de forma lícita, transparente e de acordo com o princípio da boa-fé. Acrescenta-se, relativamente ao artigo 5º/1 a) Lei nº67/98, a transparência, sem que, contudo, isso signifique que ela estivesse ausente do regime legal. Além disso, os dados apenas podem ser recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades. Quer isto dizer que o artigo 5º/1 b) Regulamento reproduz o conteúdo do artigo 5º/1 b) Lei nº67/98, esclarecendo, contudo, que o tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, fins de investigação científica ou histórica ou fins estatísticos não é considerado incompatível com as finalidades iniciais. Consagra-se, igualmente, o princípio da minimização de dados, isto é, estes

devem ser adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados, em absoluta correspondência com o artigo 5º/1 c) Lei nº67/98; o princípio da exatidão (os dados pessoais devem ser exatos e atualizados sempre que necessário, devendo ser adotadas todas as medidas adequadas para que os dados inexatos, tendo em conta as finalidades para que são tratados, sejam apagados ou retificados sem demora), em sintonia com o artigo 5º/1 d) Lei nº67/98; o princípio da limitação da conservação (os dados pessoais devem ser conservados de uma forma que permita a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados), que reproduz sensivelmente a solução consagrada no artigo 5º/1 e) Lei nº67/98, embora se esclareça, agora, que os dados pessoais podem ser conservados durante períodos mais longos, desde que sejam tratados exclusivamente para fins de arquivo de interesse público, fins de investigação científica ou histórica ou fins estatísticos; e o princípio da integridade e confidencialidade. Quanto a este último, ausente do elenco de condições a que devem obedecer os dados pessoais de acordo com a Lei nº67/98, significa que os referidos dados devem ser tratados de uma forma que garanta a sua segurança, incluindo a proteção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação accidental, adotando as medidas técnicas ou organizativas adequadas. Não obstante a referida omissão, importa considerar que ele já se extrairia de uma análise sistemática do regime legal em vigor em Portugal.

Tal como sob a vigência da Lei nº67/98, de acordo com o Regulamento, o tratamento de dados pessoais só é lícito se



existir consentimento do seu titular ou, em alternativa, se se verificar uma das seguintes situações: se o tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados; se o tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; se o tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular; se o tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento; se o tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança.

Apesar da similitude de formulações, há, como referido anteriormente, algumas diferenças a assinalar. Assim, e mesmo sem nos referirmos a condições de licitude não especificadas na Lei nº67/98 e consagradas no Regulamento, deixa de se partir do princípio do consentimento para colocar em pé de igualdade as situações em que o tratamento de dados é feito com base nele ou com base nas outras circunstâncias ali especificadas. Há, também, a relevar as alterações ao nível do próprio consentimento, que passa a ter de obedecer, pelo menos aparentemente, a condições mais estritas de obtenção.

Nos termos do artigo 7º Regulamento, o responsável por aquele deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais.

Ademais, se o consentimento do titular dos dados for dado no contexto de uma declaração escrita que diga também respeito a outros assuntos, o pedido de consentimento deve ser apresentado de uma forma que o distinga claramente desses outros assuntos de modo inteligível e de fácil acesso e numa linguagem clara e simples. Onde a Lei nº67/98 falava de consentimento inequívoco, colocando-se o problema de saber se ele poderia ser tácito e chegando-se à conclusão que o carácter não expresso da declaração, nos termos do artigo 217º CC, não contrariava a inequivocidade dele, diz-se agora que o responsável deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento. Ora, trata-se de uma questão probatória, que não pode ser confundida com a modalidade da declaração em causa. Em rigor, mesmo que se exigisse que o consentimento fosse prestado segundo uma determinada forma – algo que o regulamento não dispõe –, nos termos do artigo 217º/2 CC, tal carácter formal não impediria que ela fosse emitida tacitamente, desde que a forma tivesse sido observada quanto aos factos de que a declaração se possa deduzir. Haverá, contudo, de ter em conta o artigo 4º/11 Regulamento. Neste define-se o consentimento como “uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”¹⁶. Ora, embora haja alusão à natureza explícita da manifestação da vontade, o regulamento afirma que esta tem lugar median-

¹⁶ O artigo 3º/h) Lei nº67/98 não falava de manifestação explícita, limitando-se a definir o consentimento como “qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, nos termos da qual o titular aceita que os seus dados pessoais sejam objeto de tratamento”.

te declaração ou ato positivo inequívoco. Se é de admitir, à luz do ordenamento jurídico português, e atenta a amplitude com que se compreendem os comportamentos declarativos, que haja consentimento tácito, desde que prestado de forma explícita e inequívoca, haverá, também e, não obstante, que ter em conta que o responsável por aquele deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais¹⁷, quer o disposto a este propósito no *considerandum* 32 do Regulamento. Pode ler-se aí que “o consentimento do titular dos dados deverá ser dado mediante um ato positivo claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular de dados consente no tratamento dos dados que lhe digam respeito, como por exemplo mediante uma declaração escrita, inclusive em formato eletrónico, ou uma declaração oral. O consentimento pode ser dado validando uma opção ao visitar um sítio web na Internet, selecionando os parâmetros técnicos para os serviços da sociedade da informação ou mediante outra declaração ou conduta que indique claramente nesse contexto que aceita o tratamento proposto dos seus dados pessoais. O silêncio, as opções pré-validadas ou a omissão não deverão, por conseguinte, constituir um consentimento. O consentimento deverá abranger todas as atividades de tratamento realizadas com a mesma finalidade. Nos casos em que o tratamento sirva fins múltiplos, deverá ser dado um consentimento para todos esses fins. Se o consentimento tiver de ser dado no seguimento de um pedido apresentado por via

¹⁷ Releva a este ensejo a diferença entre as formalidades *ad probationem* e *ad substantiam*.

eletrónica, esse pedido tem de ser claro e conciso e não pode perturbar desnecessariamente a utilização do serviço para o qual é fornecido". Exclui-se expressamente – e em consonância com a regra ditada pelo artigo 218º CC – a relevância do silêncio como declaração de vontade, mas persistem dúvidas acerca do comportamento concludente como via de manifestação da vontade do sujeito. Nada se estabelecendo a este respeito, valem, entre nós, numa interpretação sistemática dos preceitos do regulamento, as regras atinentes às declarações negociais, aplicáveis a esta questão ou diretamente ou por força do artigo 295º CC¹⁸.

O consentimento tem de ser prestado livremente¹⁹ e tem de ser esclarecido. Daí que o titular dos dados tenha direito à prestação de uma série de informações, por parte do responsável, que lhe permitem compreender a natureza e o alcance do

¹⁸ Sobre o ponto, cf., ainda, Paulo Mota PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995.

¹⁹ Cf. o artigo 7º/4 Regulamento, nos termos do qual "o avaliar se o consentimento é dado livremente, há que verificar com a máxima atenção se, designadamente, a execução de um contrato, inclusive a prestação de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário para a execução desse contrato".

A propósito do carácter livre do consentimento, importa considerar que o Regulamento estabelece regras atinentes ao consentimento por menores. Dispõe o artigo 8º que "quando for aplicável o artigo 6º/1 a), no que respeita à oferta direta de serviços da sociedade da informação às crianças, dos dados pessoais de crianças é lícito se elas tiverem pelo menos 16 anos. Caso a criança tenha menos de 16 anos, o tratamento só é lícito se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais da criança". A esta solução já seria possível chegar com base nas regras próprias do ordenamento jurídico português. Para tanto seria, no entanto, necessário perscrutar a natureza do direito à proteção de dados.

Refira-se que os Estados-Membros podem dispor no seu direito uma idade inferior para os efeitos referidos, desde que essa idade não seja inferior a 13 anos.

ato, bem como lhe permitirão acompanhar o tratamento que deles seja feito. No mais, o consentimento tem de ser específico, isto é, orientado para as finalidades a que o responsável se propõe, nos termos dos artigos 12º e seguintes do Regulamento. De notar, porém, que o direito à informação de que se cura tem um âmbito e uma intencionalidade mais vastas do que de mero instrumento de esclarecimento conducente à licitude do consentimento. Por um lado, ele continua a existir, quando o tratamento dos dados se baseie noutros fundamentos que não essa autorização do titular; por outro lado, ele revela-se essencial para que o titular dos dados pessoais possa acompanhar o tratamento que deles seja feito. Parece, aliás, ser esta a *ratio* do direito à informação a que se refere o artigo 15º Regulamento e que surge associado ao direito de acesso do titular dos dados. Tal direito de acesso é subsequente à recolha dos dados.

De notar, ainda, que a concretização do direito à informação, tal como acontecia no âmbito da lei nº67/98, vai ser diverso consoante os dados tenham sido recolhidos diretamente junto do seu titular ou não. É esta a solução que decorre dos artigos 13º e 14º do Regulamento.

O consentimento é livremente revogável a todo o tempo. O artigo 7º/3 Regulamento especifica que “o titular dos dados tem o direito de retirar o seu consentimento a qualquer momento”, embora a retirada do consentimento não comprometa a licitude do tratamento efetuado com base no consentimento previamente dado. Esta ideia é concretizada por via da consagração do direito ao esquecimento. Nos termos do artigo 17º Regulamento, o titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem

demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando os dados pessoais deixem de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento; quando o titular retire o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6º/1 a) ou do artigo 9º/2 a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento; quando o titular se oponha ao tratamento nos termos do artigo 21º/1, e não existam interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular se oponha ao tratamento nos termos do artigo 21º/2; quando os dados pessoais foram tratados ilicitamente; quando os dados pessoais tiverem de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; quando os dados pessoais tiverem sido recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8º/1. Este direito ao esquecimento apresenta determinados limites. Designadamente, ele não poderá ser exercido quando o tratamento se revele necessário ao exercício da liberdade de expressão e de informação; ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável esteja sujeito, ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento; quando haja motivos de interesse público no domínio da saúde pública; quando estejam envolvidos de arquivo de interesse público, fins de investigação científica ou histórica ou fins estatísticos, e o direito ao esquecimento tornasse impossível ou prejudicasse gravemente a obtenção



dos objetivos desse tratamento; ou quando esteja em causa o exercício de um direito num processo judicial.

Para além do direito ao esquecimento, o titular dos dados tem também direito, nos termos do artigo 16º, a obter, sem demora injustificada, do responsável pelo tratamento a retificação dos dados pessoais inexatos que lhe digam respeito ou que sejam completados os dados incompletos sejam completados; nos termos do artigo 18º, a obter do responsável pelo tratamento a limitação do tratamento, se se aplicar uma hipóteses previstas no preceito (direito de limitação); nos termos do artigo 20º, de receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento, num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática, e o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento sem que o responsável a quem os dados pessoais foram fornecidos o possa impedir, desde que o tratamento se baseie no consentimento ou num contrato e desde que o tratamento seja realizado por meios automatizados (direito de portabilidade); nos termos do artigo 21º, de se opor a qualquer momento, por motivos relacionados com a sua situação particular, ao tratamento dos dados pessoais feito de acordo com o artigo 6º/1/ e) ou f), ou no artigo 6º/4. Neste caso, o responsável pelo tratamento cessa o tratamento dos dados pessoais, a não ser que apresente razões imperiosas e legítimas para esse tratamento que prevaleçam sobre os interesses, direitos e liberdades do titular dos dados.

O regulamento vem, igualmente, reforçar alguns dos deveres que recaem sobre os responsáveis (*controllers*) pelo tratamento dos dados, incrementando a segurança na matéria.

Estes deveres são extensíveis, nos termos do regulamento, aos subcontratantes (*processors*), e aplicam-se mesmo que estes sujeitos estejam sediados fora da União Europeia. Fundamental é que os dados incidam sobre titulares europeus.

O reforço da segurança passa, a este nível, *inter alia*, pela aplicação, tanto no momento de definição dos meios de tratamento como no momento do próprio tratamento, de medidas técnicas e organizativas adequadas, como a pseudonimização, a garantir a eficácia dos princípios da proteção de dados, nos termos do artigo 25º/1 Regulamento. De acordo com o nº2 do mesmo artigo 25º “o responsável pelo tratamento aplica, ainda, as medidas técnicas e organizativas para assegurar que, por defeito, só sejam tratados os dados pessoais que forem necessários para cada finalidade específica do tratamento. Essa obrigação aplica-se à quantidade de dados pessoais recolhidos, à extensão do seu tratamento, ao seu prazo de conservação e à sua acessibilidade. Em especial, essas medidas asseguram que, por defeito, os dados pessoais não sejam disponibilizados sem intervenção humana a um número indeterminado de pessoas singulares”. Outras medidas técnicas e organizativas estão previstas no artigo 32º Regulamento.

Prevêem-se, igualmente, outras regras, quais sejam o estabelecimento de códigos de conduta, a realização de *privacy impact assessments*, a notificação obrigatória das autoridades em caso de violação de dados pessoais, a nomeação de um encarregado de proteção de dados.



IV – A natureza do direito à proteção de dados

Independentemente das concretas diferenças de regime que se possam denotar entre os dois diplomas, é inequívoco o papel central que o consentimento ocupa ao nível da proteção de dados. Na verdade, ele, devendo ser informado, específico, livre e podendo ser revogado a todo o tempo, funciona como condição de licitude da recolha e tratamento de dados. Compreendem-se, portanto, as características que deve revestir. Se em causa está uma autorização do titular dos dados para a sua utilização por terceiros, então, ele só poderá ser válido se o sujeito tiver exata noção do alcance do ato que está a praticar. Daí a importância dos deveres de informação a que nos referimos *supra*. Mas daí, também, a importância vital da ligação entre o consentimento e as finalidades do tratamento de dados. A este propósito, Alexandre Sousa Pinheiro esclarece que “o consentimento válido para um tratamento implica o conhecimento dos fins a que se destina a recolha”, pois, caso contrário, “a declaração de vontade mostra-se oca e destituída de conexão com o tratamento de dados”²⁰. É nesta relação

²⁰ Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 806. O autor acrescenta que se deve exigir uma definição clara e completa das finalidades, não sendo admissíveis meras referências a objetivos ou grandes metas. Nas suas palavras, “não são admissíveis disposições em branco, dada a sua incompatibilidade com a autodeterminação informacional e o perigo de se proceder a recolhas no vazio”. Mais esclarece que, nos casos em que a finalidade tem de ser definida em termos mais amplos (por exemplo, por motivos de investi-

consentimento-finalidade que o autor baseia a ideia de autodeterminação informacional.

A proteção de dados poderia autonomizar-se como “uma forma de concretização da autodeterminação informacional”, ou seja, “enquanto a proteção de dados é pensada como uma garantia, o seu fundamento, ou seja, a autodeterminação informacional, exprime-se como uma liberdade”²¹. No fundo, “a autodeterminação informacional reveste a natureza de posição jurídica complexa, abrangendo elementos próprios das diferentes posições ativas (direitos, liberdades, garantias, poderes) que compõem os direitos fundamentais”²².

Simplesmente, como o próprio autor reconhece, “o consentimento [em que aquela autodeterminação se vem a projetar e a manifestar] é superado por razões contratuais, para o cumprimento de obrigações legais, para a proteção de interesses vitais do titular dos dados quando se encontre incapaz de o prestar e quando estejam em causa missões de interesse público ou relativas ao exercício de uma atividade pública”²³.

Diríamos mais: com o novo traçado legal, imposto pelo Regulamento europeu, ao colocar-se o consentimento em pé

gação criminal de largo espectro), se exige uma aplicação estrita do princípio da proporcionalidade.

Para um elenco dos princípios subjacentes à proteção de dados, cf. Margarida OLIVEIRA, *A proteção de dados pessoais nas comunicações eletrónicas: o papel da CNPD e da ANACOM*, UCP, 2015, 28 s., falando de princípio da transparência, de princípio da lealdade, licitude e boa-fé, princípio do consentimento, princípio da finalidade, princípio da proporcionalidade e princípio da limitação do prazo de conservação.

²¹ Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 805.

²² Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 805.

²³ Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 809.



de igualdade com outros fundamentos da licitude da recolha e tratamento de dados, a autonomia de que se cura não poderá ser vista como o objeto da tutela, mas como um pilar fundamental para o exercício de outro bem jurídico que se protege a este nível. No fundo, e dito de uma forma mais direta, o consentimento, que corporiza a autonomia, surge, a este nível, como uma forma de afastar a ilicitude de um atentado não contra a própria autonomia que se exerce, mas contra um outro bem jurídico. Isso explica que, quando não haja consentimento (ou independentemente de o haver ou não), possa existir um tratamento de dados válido, atenta a ponderação de bens jurídicos que é feita pelo legislador.

Tendo a sensibilidade para o reconhecer, Alexandre de Sousa Pinheiro acaba por defender que a proteção de dados “deve ser integrada num direito de maior latitude”, o direito à identidade informacional²⁴. Este seria um “direito de personalidade, na medida em que protege um bem da personalidade composto por várias posições jurídicas”²⁵.

Não duvidamos, na verdade, que o direito envolvido a este nível seja um direito de personalidade. Não só está em causa a proteção de bens integrantes da pessoa, como a estrutura dos outros direitos que o ordenamento jurídico foi forjando (designadamente dos direitos reais e dos direitos de crédito) não é apta a assimilar a relevância da posição jurídica subjetiva em questão. Simplesmente, não basta considerar que existe um direito de personalidade, sendo imprescindível recortar, dentro

²⁴ Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 810. Este parece ser, aliás, o cerne da sua dissertação de doutoramento.

²⁵ Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 777.

dos diversos bens, elementos e refrações da personalidade humana, o seu concreto objeto. Ora, é neste ponto que temos dúvidas em autonomizar um direito à identidade informacional.

Em primeiro lugar, se é certo que existe um direito à identidade no quadro mais alargado do direito geral de personalidade²⁶, ele acaba por ter de ser analisado por referência a múltiplos elementos que o integram. A este propósito, Capelo de Sousa explica que “o bem da identidade reside (...) na própria ligação de correspondência ou identidade do homem consigo mesmo e está pois ligado a profundas necessidades humanas, a ponto de o teor da convivência humana depender da sua salvaguarda em termos de plena reciprocidade. Daí que (...) o direito tutele como bens jurídicos quer a ontologia da identidade humana quer o seu reflexo lógico ou formal ao nível do seu reconhecimento social, situando cada homem como centro autónomo de interesses, reconhecendo-lhes o seu particular modo de ser e de se afirmar e impondo aos outros o reconhecimento da sua identidade, v.g. de modo a que as referências a cada homem respeitem a sua identidade ontológica”²⁷. Continua o autor, dizendo que “o interesse jurídico da identidade humana é atingido não só nos casos em que os elementos ou sinais de identidade sejam falsificados, contrafeitos ou desviados dos fins próprios do respetivo titular, mas também nos casos em que a representação da pessoa não seja exata por mera omissão ou insuficiência dos elementos ou sinais retratados”²⁸. E acrescenta que “a tutela juscivilística da identidade humana

²⁶ Cf., quanto ao ponto, R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 244 s.

²⁷ R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 245.

²⁸ R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 246.



incide desde logo sobre a configuração somático-psíquica de cada indivíduo, particularmente sobre a sua imagem física, os seus gestos, a sua voz, a sua escrita e o seu retrato moral. Mas recai também sobre os termos da inserção sócio-ambiental de cada homem, maxime sobre a sua imagem de vida, a sua história pessoal, o seu decoro, a sua reputação ou bom nome, o seu crédito, a sua identidade sexual, familiar, racial, linguística, política, religiosa e cultural” e ainda sobre “os próprios sinais sociais de identificação humana, quer principais, como o nome e o pseudónimo, quer acessórios, como a filiação reconhecida, o estado civil, a naturalidade e o domicílio que (...) integram para certos fins o conteúdo do bem personalístico da identidade”²⁹. Significa isto que o direito à identidade se sobrepõe a outros direitos ou bens da personalidade, razão pela qual poderíamos evidenciar que, ao nível da proteção de dados, está afinal em causa a tutela de todos eles. Não haveria, assim, razão para – e porque já foram suficientemente autonomizados pelo ordenamento jurídico – não considerar, a propósito da proteção de dados, direitos como o direito à imagem, o direito à voz, o direito ao nome, o direito ao crédito, entre outros.

Por outro lado, e mais importante, o direito à identidade pessoal – nas suas diversas vertentes – só é lesado quando haja omissões, deturpações ou usurpações, ao ponto de alguns autores o reconhecerem como um direito à verdade pessoal³⁰. Ora, isto significa, por um lado, que a simples utilização não líci-

²⁹ R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 248 s.

³⁰ Cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, Sumários Desenvolvidos*, Centelha, Coimbra, 1981, 16 s.; Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório sobre o programa, o conteúdo e o método de ensino*, Coimbra, 1976, 43 s.

ta de dados não põe em causa o direito à identidade pessoal e, por outro lado, que, quando tal ocorra, a partir do uso indevido de dados pessoais, outros bens da personalidade podem ser afetados, não se percebendo por que razão é que se privilegia a identidade em detrimento da privacidade, da imagem ou mesmo da igualdade.

A civilística portuguesa, aliás, tem tratado do problema da proteção de dados a propósito da privacidade³¹, ou concretização do direito à privacidade³² ou como refração do conteúdo da privacidade, enquanto elemento integrador do objeto do direito geral de personalidade³³, o que não impede

³¹ Cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, "Proteção de dados pessoais e direito à privacidade", *Direito da Sociedade da Informação*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, 249; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, tomo III, Almedina, Coimbra, 2004, 90, e *Tratado de Direito Civil*, IV, Almedina, Coimbra, 2007, 254 s.; R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 318 s.

Veja-se, quanto ao ponto, Herminia Campuzano TOMÉ, *Vida privada y datos personales: su protección jurídica frente a la sociedad de la información*, Tecnos, Madrid, 2000 e, ainda, Flemming MOOS, *Datenschutzrecht; schnell erfasst*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2006

³² Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 90.

³³ Assim, R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 318 s., considerando que "a reserva juscivilisticamente tutelada abrange não só o respeito da intimidade da vida privada, em particular a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual e inclusivamente os respetivos acontecimentos e trajetórias, mas ainda o respeito de outras camadas intermédias e periféricas da vida privada, como as reservas do domicílio e de lugares adjacentes, da correspondência e de outros meios de comunicação privada, dos dados pessoais informatizáveis, dos lazeres, dos rendimentos patrimoniais e de demais elementos privados da atividade profissional e económica, bem como (...) a própria reserva sobre a individualidade privada do homem no seu ser para si mesmo, v.g. sobre o seu direito a estar só e sobre os caracteres de acesso privado do seu corpo, da sua saúde, da sua sensibilidade e da sua estrutura intelectual e volitiva".

O autor adere à teoria das três esferas, a propósito da privacidade. Para um olhar crítico, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 477 s.



que alguns autores considerem que “a previsão do nº1 do artigo 35º diz respeito mais propriamente ao bem da identidade da pessoa”³⁴. Significa isto que, embora sublinhando a vertente da identidade, os autores não deixam – como nos parece que não devem deixar de fazer – de reconduzir para o cerne da proteção de dados a privacidade. É claro que esta não se mostra apta a explicar, por si só, a proteção de dados. O direito à proteção de dados ultrapassa o direito à privacidade, quanto ao seu âmbito de relevância³⁵. E não é só a finalidade da consagração constitucional do direito – e posterior disciplina normativa instituída pelo legislador ordinário – que no-lo permi-

Sobre a privacidade, enquanto objeto de um direito de personalidade, cf. ainda Paulo Mota Pinto, “Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, 479 s. O autor refere que, no quadro da privacidade, se incluem, então, aspetos como a identidade, dados pessoais, como a filiação, residência, o número de telefone, o estado de saúde, a vida conjugal, afetiva, os afetos, os ódios, os projetos de casamento, de divórcio, a vida do lar, o passado de uma pessoa, a sua situação financeira, as heranças que recebeu, os prémios de jogos que ganhou, os passatempos, os dias e locais de férias, as deformações físicas, os hábitos sexuais, entre muitos outros. No que tange às possíveis formas de violação do direito à privacidade, Paulo Mota Pinto fala-nos da entrada dos outros no domínio particular, a consubstanciar situações de violação do direito por intrusão (captação de fotografias e de filmes, gravações de voz, violação do domicílio, violação do segredo de correspondência ou telecomunicações, *vouyerismo*, casos de perseguição de outras pessoas), e das hipóteses de divulgação e revelação de dados da privacidade de outrem (relatos verbais, artigos de jornal ou revista difusão televisiva, comercialização de fotografias, publicação de um livro. Cf., ainda, A. Pinto MONTEIRO, Paulo Mota PINTO, Mafalda Miranda BARBOSA, “A teoria geral do direito civil nos cem anos do Boletim da Faculdade de Direito”, *Boletim da Faculdade de Direito (volume comemorativo do centenário do BFD)*, 91, 2015, 379-422, analisando este estudo do autor.

³⁴ R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 322, n.812.

³⁵ Cf., a este propósito, Ac. STJ 16 de Outubro de 2014 (679/05.TAEVR.E2.S1)

Repare-se, a este nível, que, se ao abrigo da lei de proteção de dados os dados relativos à vida privada eram considerados dados sensíveis, tal deixa de ocorrer no quadro do regulamento europeu.

tem afirmar, mas, igualmente, a percepção de que, em face da amplitude da noção de dados pessoais com que somos confrontados, podemos lidar com elementos que não se integram no núcleo estrito da privacidade, antes dizendo respeito ao conteúdo de outros direitos³⁶.

A proteção de dados pessoais afigura-se fundamental a diversos níveis. Em primeiro lugar, ela é vital para salvaguarda da identidade do sujeito, já que a divulgação de dados pes-

³⁶ Neste sentido, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 487, considerando que a proteção de dados se refere a qualquer informação relativa ao titular e que, por isso, tem autonomia em relação à proteção da vida privada e à privacidade.

Para uma consideração da ligação entre a privacidade e a proteção de dados, à época do surgimento da *Datenschutz*, na Alemanha, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 425. Refira-se, ainda, a comparação que o autor faz entre a *Datenschutz* e a *informational privacy*, que, correspondendo tendencialmente uma com a outra, não se relacionam em termos de pura identidade, já que há mais direitos associados à proteção de dados no caso europeu do que os aspetos informacionais contemplados pela legislação americana. Com isto, o autor acaba por negar a perfeita ligação entre a privacidade e a proteção de dados.

Cf., igualmente, na obra citada pág. 771 s., distinguindo o direito à vida privada do direito à proteção de dados, evidenciando que a reserva que é definida por lei se estende a todos os dados individualizáveis e não apenas aos dados sensíveis.

Note-se, ademais, que a proteção de dados não esgota, atento o seu âmbito de relevância específico, a tutela que é dirigida aos direitos de personalidade nela envolvidos, designadamente a privacidade. Atente-se a este propósito na não aplicação do regime aos casos de recolha de dados pessoais para fins domésticos. Além disso, não está em causa a proteção de dados, quando seja o titular dos direitos de personalidade a divulgar os seus próprios dados pessoais – v.g. o problema das redes sociais. Sobre o ponto, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 814, considerando que aos dados que os utilizadores colocam numa rede social podem não se aplicar as regras de proteção de dados sobre o registo ou a autorização de tratamentos junto da entidade competente e sustentando que a qualidade de responsável pelo tratamento não pode ser alargado ao utilizador. O que não significa, obviamente, que as regras do regulamento não se apliquem às entidades que gerem os servidores onde estão alojadas as páginas pessoais dos sujeitos.

soais pode levar a que outros se apropriem daquela ou que haja dela uma deturpação, levando a que a pessoa seja confundida com outra ou que seja desvirtuada a verdade pessoal do sujeito; em segundo lugar, torna-se essencial para garantir que não se divulgam determinados elementos que, dizendo respeito ao sujeito, podem ser motivo de discriminação, sendo por isso determinante para a defesa da igualdade³⁷.; em terceiro lugar, ela é fulcral para a defesa da privacidade do sujeito, bem como para outros direitos de personalidade como a honra. Isto significa que a proteção de dados não tem como objeto último um direito de personalidade, mas vários direitos de personalidade do titular dos dados. E, por outro lado, significa que, e fazendo apelo a uma classificação jus-subjetiva muito cara ao constitucionalismo, estamos diante de um direito-garantia, uma guarda-avançada de certas posições jurídicas ativas.

Isto mesmo é perceptível se pensarmos no problema do ponto do prisma da violação do direito. Entre nós, e porque a responsabilidade civil extracontratual se alicerça no modelo

³⁷ Cf. Jorge MIRANDA/Rui de MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, 380. Sobre os dados ditos sensíveis, a que a Constituição se refere no artigo 35º/3, consideram Jorge Miranda e Rui de Medeiros que são "os elementos de informação cujo tratamento informático, além de poder contender com a privacidade do sujeito, pode vir a dar origem a tratamentos desiguais ou discriminatórios" – cf. Jorge MIRANDA/Rui de MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, 386.

Sobre os dados sensíveis, para uma outra visão do problema, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 487 s. e Spiros SIMITIS, "Sensitive datenzur Geschichte und Wirkung einer Fiktion", *Festschrift zum 65. Geburtstag von M. Pedrazzini* (E. Bem/J. Nicolas Druey/Ernest A. Kramer/ Ivo Schwander, ed.), Stämpfli & Cie. AG., 1990, 469 s., também citado por Alexandre Sousa Pinheiro., considerando que não há dados pessoais inofensivos e que, por isso, não faz grande sentido a autonomização dos dados sensíveis, já que tudo depende do contexto global do tratamento que deles é feito.

Veja-se, igualmente, Anne Cammilleri SUBRENAT/Claire Levallois-BARTH, *Sensitive data protection in the European Union*, Bruylant, Bruxelles, 2007

de Ihering, uma pretensão indemnizatória terá de, em princípio, fundar-se na violação de direitos absolutos ou na lesão de disposições legais de proteção de interesses alheios. Ora, deixando de lado a possibilidade de olharmos para algumas normas do regulamento europeu sobre proteção de dados como disposições daquele jaez³⁸, o que comportaria consequências dogmáticas não negligenciáveis, haveria que identificar o direito absoluto violado. Se A recolher dados pessoais de B e, em preterição das regras de cuidado, permitir que C, com intenções malévolas, tenha a eles acesso, divulgando factos relativos à vida privada daquele, o problema que se terá de colocar é o de saber se, pese embora o comportamento do terceiro, a lesão do direito à privacidade pode ou não ser imputada a A. Do mesmo modo, se C tiver acesso a dados de identificação civil e fiscal de B e com isso se fizer passar por ele, causando-lhe sérios prejuízos, porque A violou determinadas regras de segurança no tratamento dos dados, o problema que teremos em mãos é o da recondução da lesão do direito à identidade ao comportamento de A. Finalmente, se A recolher ilicitamente dados sensíveis relativos a B e os transmitir a C que, fazendo uso deles, discrimina B num procedimento concursal, a questão que se terá de colocar é se a violação do direito à igualdade pode ou não ser imputada ao comportamento de A. Na verdade, não é possível dar uma resposta ao problema delitual se nos predicarmos exclusivamente na violação do direito à proteção os dados pessoais, porque, sendo circunscritos os sujeitos passivos das normas legais na matéria, tornar-se-ia impossível, por um

³⁸ Mesmo olhando para essas normas, e portanto situando-nos na segunda modalidade de ilicitude delitual, seria importante a consideração dos interesses tutelados ao nível da proteção de dados, para efeitos de imputação.



lado, responsabilizar os terceiros com que nos confrontamos, e, por outro lado, encontrar um conteúdo útil para o direito que nos permitisse resolver o problema do preenchimento da responsabilidade, se ignorássemos os direitos de personalidade especiais preteridos. Ao mesmo tempo, se quiséssemos olhar para os referidos direitos, então teríamos de nos orientar pela própria fundamentação do direito, o que vem mostrar que a ilicitude se desvela, afinal, na lesão daqueles³⁹.

V – Consequências do entendimento acerca da natureza do direito

A relação que perfuntoriamente se estabelece entre a proteção de dados e a tutela da personalidade (e mais especificamente alguns direitos de personalidade) não tem um mero cunho genético-explicativo. Pelo contrário, ela parece fundamental para, numa compreensão sistemático-axiológica do ordenamento jurídico, garantir o acerto da interpretação que se faça de algumas regras contidas na disciplina legal da prote-

³⁹ O argumento avançado em texto leva pressuposto o problema da imputação objetiva e a cisão entre a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade. sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, PrincípiA, 2013.

A este propósito uma última nota: se fundamentamente virmos em algumas normas do regulamento europeu disposições legais de proteção de interesses alheios, isso não vai alterar o nosso raciocínio, embora possa alterar os termos da ponderação. Na verdade, ainda nesse caso, teremos de ter em atenção os interesses tutelados que, em última instância, se identificam com os direitos de personalidade referidos.

ção de dados, podendo considerar-se que existe entre ambos uma relação de interioridade constitutiva.

1. Os limites à proteção de dados

Em primeiro lugar, do ponto de vista objetivo, a consideração da ligação entre a proteção de dados e os direitos de personalidade leva-nos a ponderar limites à proteção para lá dos que estão previstos no direito positivo. Do mesmo modo, a consideração dos limites dos direitos de personalidade em questão afigura-se fundamental para a interpretação das próprias condições de licitude da recolha e tratamento dos dados pessoais. Pense-se, por exemplo, nos limites à tutela do direito à imagem previstos no artigo 79º CC.

2. Os beneficiários da proteção: o problema dos nascituros, das pessoas falecidas e das pessoas coletivas

Em segundo lugar, do ponto de vista subjetivo, a consideração da relação de interioridade constitutiva a que aludimos revela-se essencial para determinar quem são, efetivamente, os beneficiários da proteção. O Regulamento (UE) 2016/679 refere-se às pessoas singulares e exclui, expressamente, do seu âmbito de aplicação as pessoas coletivas. No *considerandum* 14, podemos ler que “a proteção conferida pelo presente regulamento deverá aplicar-se às pessoas singulares, independentemente da sua nacionalidade ou do seu local de residência,

relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais. O presente regulamento não abrange o tratamento de dados pessoais relativos a pessoas coletivas, em especial a empresas estabelecidas enquanto pessoas coletivas, incluindo a denominação, a forma jurídica e os contactos da pessoa coletiva”.

Resulta daqui que, pela simples leitura do documento normativo comunitário, se excluem as pessoas coletivas e fica sem resposta o problema de saber se a proteção de dados pessoais se pode ou não estender-se a nascituros e a pessoas já falecidas.

O grupo de trabalho sobre a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, instituído pela Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro (grupo de trabalho do artigo 29º), teve, por referência à citada diretiva e à sua interpretação, oportunidade de se pronunciar sobre estas questões.

Relativamente às pessoas já falecidas, diz o grupo de trabalho que “a informação relativa a pessoas mortas, em princípio, não deverá assim ser considerada como dados pessoais sujeitos às regras da Diretiva, uma vez que, para efeitos do Direito Civil, os mortos já não são pessoas singulares. No entanto, em alguns casos, os dados sobre pessoas mortas poderão ainda receber protecção indiretamente. Por um lado, o responsável pelo tratamento pode não estar em posição de determinar se a pessoa a que diz respeito a informação ainda é viva ou já está morta. Ou mesmo que o possa fazer, a informação sobre os mortos pode ser tratada ao abrigo do mesmo regime que o aplicado aos vivos, sem distinção (...) Por outro lado, a informação sobre pessoas mortas pode também fazer referência a pessoas vivas (...) quando a informação que constitui dados so-

bre os mortos puder ser considerada como igualmente relativa aos vivos e constituir dados pessoais sujeitos à Diretiva, os dados pessoais dos mortos podem indiretamente usufruir da proteção das regras de proteção de dados. Em terceiro lugar, a informação sobre pessoas mortas pode ser sujeita a proteção específica atribuída por um grupo de regras para além da legislação sobre proteção de dados, delineando o que alguns designam por “*personalitas praeterita*”. A obrigação de confidencialidade do pessoal médico não termina com a morte do doente. A legislação nacional sobre o direito à honra e à imagem pode atribuir também proteção à memória dos mortos”⁴⁰.

No tocante aos nascituros, o mesmo grupo de trabalho aduz que “a aplicação das regras de proteção de dados antes do nascimento irá depender do posicionamento geral dos sistemas jurídicos nacionais sobre a proteção dos nascituros”⁴¹; e no que respeita às pessoas coletivas, considera que “uma vez que a definição de dados pessoais faz referência a pessoas, isto é, pessoas singulares, a informação relativa a pessoas coletivas em princípio não é abrangida pela Diretiva e a proteção por ela atribuída não lhes é aplicável. No entanto, algumas regras de proteção de dados poderão ainda, em determinadas circunstâncias, aplicar-se indiretamente a informação relativa a empresas ou a pessoas coletivas”⁴².

⁴⁰ Cf. GRUPO DE TRABALHO DE PROTEÇÃO DE DADOS DO ARTIGO 29º, *Parecer 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais*, 23.

⁴¹ GRUPO DE TRABALHO DE PROTEÇÃO DE DADOS DO ARTIGO 29º, *Parecer 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais*, 24.

⁴² GRUPO DE TRABALHO DE PROTEÇÃO DE DADOS DO ARTIGO 29º, *Parecer 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais*, 24.

O problema há-de ser solucionado à luz dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico em que nos inserimos.

Começemos pela consideração dos nascituros.

Nos termos do artigo 66º/1 CC, a personalidade jurídica adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. Quer isto dizer que todas as pessoas nascidas com vida são consideradas sujeitos de direito, podendo – com exceções mínimas (v.g. o artigo 1601º, 1850º e 2189º CC) – ser em regra titulares de quaisquer direitos e quaisquer deveres, nisto se traduzindo a sua capacidade de gozo. Se nenhuma dúvida se coloca quanto à imperiosa necessidade de, em nome da dignidade que a predica, se reconhecer personalidade jurídica a qualquer pessoa singular, colocam-se problemas no tocante a saber se os nascituros são ou não considerados sujeitos de direito. A questão suscita dúvidas do ponto de vista dogmático, para as quais não se encontra uma resposta fácil. Na verdade, se é certo que ao nascituro são reconhecidos direitos de natureza patrimonial e não patrimonial, o nº2 do artigo 66º CC dispõe que “os direitos que a lei reconhece ao nascituro dependem do seu nascimento” e o nº1 do mesmo artigo parece ser claro na determinação do momento em que se adquire personalidade⁴³. Ora, se o nascituro é titular de direitos é porque tem suscetibilidade para o ser. Portanto, por que razão se aduz que a personalidade só tem início com o corte do cordão umbilical? As respostas que se oferecem para a questão são variadas e de variada índole.

⁴³ Sobre o ponto, para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “Em busca da congruência perdida em matéria de proteção da vida do nascituro – a perspectiva do direito civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, tomo I, 2016

Alguns autores mostram-se perentórios em afirmar que a personalidade jurídica tem início na concepção⁴⁴. Como nos recorda Pedro Pais de Vasconcelos, o nascituro não é uma simples víscera da mãe, mas um ser humano pleno de dignidade, pelo que haverá de ser reconhecido como pessoa para o direito. Ou seja, o homem, por o ser, é necessariamente titular de direitos, donde não pode deixar de ser reconhecida a personalidade jurídica, porque “não é o texto da lei que permite afirmar ou refutar a personalidade jurídica das pessoas singulares”⁴⁵. Nessa

⁴⁴ Vide, nesse sentido, António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, Coimbra, Almedina, 2004, 297 s. (considerando que o nascituro tem pelo menos direito à vida, pelo que tem personalidade jurídica, mas defendendo que a capacidade de gozo está sujeita à condição suspensiva do nascimento); Diogo Leite CAMPOS, “O início da pessoa humana e a pessoa jurídica”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2001, 1257-1268; Diogo Leite CAMPOS, *Lições de direitos de personalidade*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito, LXVI, 1990, 162 s. (considerando que a personalidade se inicia com a concepção e que a regra contida no artigo 66º/1 CC está ultrapassada); José Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, 50 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2005, 70 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2006, 104 s.; Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, *Forjar o Direito*, Coimbra: Almedina, 2015, 243 s.; Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, 156 s. (defendendo uma personalidade jurídica parcial para o nascituro e sustentando que ele é titular de direitos de personalidade, que não lhe podem ser negados. Capelo de Sousa, inclusivamente, sustenta que o artigo 66º/2 CC apenas é aplicável aos direitos de natureza patrimonial, sob pena de sermos conduzidos a situações paradoxais para o direito); Paulo OTERO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano*, Coimbra, Almedina, 1999, 34 s.; Gabriel Órfão GONÇALVES, “Da personalidade jurídica do nascituro”, *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, 533, considerando que o artigo 66º CC foi revogado pelo artigo 24º CRP; Mário Bigotte CHORÃO, “O nascituro e a questão do estatuto do embrião humano no direito português”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, I, Coimbra, Almedina, 2000; Mário Bigotte CHORÃO, “O problema da natureza e tutela jurídica do embrião à luz de uma concepção realista e personalista do direito”, *O Direito*, 123, 1991, 584 s.

⁴⁵ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2006, 116.

medida, sustenta o civilista, o artigo 66º CC deve ser interpretado no sentido da capacidade jurídica, que deve ser tida como embrionária e condicionada, embora não se possa falar, a este propósito, de uma condição suspensiva, porque tal redundaria na afirmação de direitos sem sujeito. Também Menezes Cordeiro sustenta que o nascituro, porque tem pelo menos direito à vida, tem personalidade jurídica, embora a sua capacidade de gozo esteja sujeita à condição suspensiva do nascimento. O autor é explícito a afirmar que “a ideia de condição legal do nascimento acaba por corresponder à ideia fundamental subjacente ao artigo 66º. Não se trata de associar a personalidade ao nascimento: matéria complexa, em mutação, e para a qual o legislador de 1966, que nem refere o direito à vida, não estava preparado para regular; antes se visa neste preceito a capacidade. A capacidade (de gozo) relativa aos direitos patrimoniais está sujeita à condição suspensiva do nascimento”⁴⁶.

A referência explícita aos direitos patrimoniais leva-nos diretamente ao pensamento de Capelo de Sousa. Para o autor, deve ser reconhecida ao nascituro uma personalidade jurídica parcial, que se sustenta na titularidade necessária dos direitos de personalidade e na não aplicação do artigo 66º/2 no que respeita aos direitos de natureza pessoal. O preceito restringir-se-ia, portanto, segundo a interpretação defendida, ao âmbito patrimonial, embora lidasse com a questão da personalidade e não da capacidade⁴⁷.

⁴⁶ António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I/III, 305.

⁴⁷ Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 156 s. O autor parece apartar, contudo, a questão da tutela da personalidade humana da questão do reconhecimento da personalidade jurídica. Veja-se, a este propósito, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, 270.

Outra é a proposta interpretativa oferecida por Carneiro da Frada. Para o autor, o reconhecimento da personalidade jurídica a todo o ser humano é uma exigência indeclinável da juridicidade. Posto isto, o artigo 66º/1 “deve ser interpretado tendo (...) em conta a superveniência de uma lacuna (depois da entrada em vigor do código civil) no plano da tutela da vida humana: a lacuna decorrente da necessidade, que os avanços científicos e tecnológicos evidenciaram entretanto, de dotar o sujeito, já desde a fase intra-uterina, de uma proteção capaz da sua vida e integridade física: uma lacuna que, devidamente integrada, sacrificando o menos possível o que possa ter sido o sentido originário pretendido para o artigo 66º/1, implica todavia sempre uma precisão desse preceito que se desvia (possivelmente) daquele sentido inicial. (...). O legislador de 1966 não terá querido responder com o artigo 66º/1 ao problema da tutela do nascituro contra lesões à vida ou à integridade física. Terá pretendido sim introduzir um termo de certeza quanto ao início da personalidade jurídica, pondo do mesmo passo fim a discussões acerca da relevância da viabilidade do recém-nascido (...). Depois da entrada em vigor do Código Civil sobreveio a percepção da conveniência de uma tutela intra-uterina da vida humana mais ampla, a implicar a necessidade de reconhecer a personalidade jurídica ao nascituro muito para além dos casos expressamente previstos pelo legislador”⁴⁸. Assim sendo, continua Carneiro da Frada, “não pode dizer-se que o artigo 66º/1 faça do nascimento uma condição *sine qua non* – ou seja, uma

Cf., igualmente, *O direito geral de personalidade*, 362, falando de uma personalidade parcial, reduzida, fracionária.

⁴⁸ Manuel Carneiro da Frada, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 248 s.

condição absolutamente necessária – da aquisição da personalidade. Na verdade, ao estabelecer que a personalidade se adquire com o nascimento completo e com vida, esse preceito só impõe que o nascimento seja tido como condição suficiente da personalidade”⁴⁹. O autor propõe, então, uma reinterpretação do preceito ao nível probatório. Segundo as suas palavras, descortina “nesse preceito uma norma que diz respeito à verificação da prova do suposto de facto subjacente ao reconhecimento da personalidade jurídica – a existência de uma vida humana –, distribuindo o respetivo ónus”⁵⁰. Ou seja, se o artigo 66º/1 fixa o início da personalidade jurídica no momento do nascimento por razões de segurança jurídica, dado o “carácter oculto, extremamente não aparente ou socialmente equívoco do início da vida humana e das suas vicissitudes na fase intra-uterina”⁵¹, então “caso se demonstre que um dado nascituro existia (apesar de não ter ocorrido um nascimento), cessa essa razão que pode, ainda hoje, justificar o artigo 66º/1”⁵².

Carneiro da Frada propõe, portanto, uma redução teleológica para o preceito. Esta interpretação, sendo meritória pela imperiosa necessidade de proteção do nascituro no tocante aos seus direitos de personalidade, tem de ser articulada com o artigo 66º/2. Na verdade, o segmento normativo determina que os

⁴⁹ Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 251.

⁵⁰ Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 251.

⁵¹ Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 251.

⁵² Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 251.

direitos que a lei reconhece ao nascituro dependem do seu nascimento. Ora, se isto reforça a ideia de que, de facto, os nascituros são titulares de direitos – e como tal sujeitos para o direito –, suscita-se uma dúvida: uma vez provada a existência do nascituro a condição imposta pelo n.º 2 do artigo 66.º deixa de se aplicar? Do ponto de vista da tutela dos direitos de personalidade, essa é, como vimos, a única solução defensável. Contudo, do ponto de vista patrimonial parece haver razões que justifiquem a restrição ordenada pelo ordenamento jurídico: a necessidade de certeza jurídica no que toca à transmissão de bens e a urgência de evitar retransmissões complexas⁵³. Dir-se-á, então, que, estabelecendo – com inversão do ónus da prova – a personalidade jurídica de todo o ser humano desde a concepção, o artigo 66.º/1 seria depois complementado pelo artigo 66.º/2, que só não se aplicaria aos direitos de natureza pessoal. Mas, a aceitar-se esta visão normativa, ter-se-ia de concluir que, afinal, o que estava em causa ao nível do n.º 2 do preceito seria a capacidade de gozo e não a personalidade jurídica. A perspectiva de Carneiro da Frada não distaria, portanto, sobremaneira do que outros autores já tinham proposto, embora com outro caminho de argumentação. No fundo, o que o autor pretende é justificar a ideia de que o nascituro tem personalidade jurídica, que lhe garanta uma ampla proteção, admitindo, porém, que possa haver limitações em matéria de capacidade de gozo⁵⁴.

O ordenamento jurídico português – como qualquer ordenamento jurídico que o seja verdadeiramente – reconhece

⁵³ Cf. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I/III, 306.

⁵⁴ Admitindo, também, uma capacidade jurídica não plena do nascituro, cf. Karl LARENZ/Manfred WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl, München, Verlag C. H. Beck, 2004, 125 s.



a personalidade humana do nascituro e dispensa-lhe a adequada tutela. Como referido anteriormente, o nascituro é protegido nos seus direitos de personalidade, abrindo-se as portas a pretensões indemnizatórias em casos de atentado à vida e à integridade física⁵⁵; os pais – enquanto titulares das responsabilidades parentais – representam o filho mesmo que ainda não tenha nascido; o pai pode perflhar o nascituro, desde que cumpridos os requisitos do artigo 1855º CC⁵⁶. Por aqui se denota que o filho não nascido – embora já concebido – não é tratado como um mero objeto, simples bem jurídico ao qual é reconhecida tutela, mas como um verdadeiro sujeito.

Perante uma situação particular em que um dos bens da personalidade do nascituro está a ser lesado, olhamos para o artigo 66º/1 CC e percebemos que, porque a ideia de personalidade jurídica deve ser compreendida à luz das exigências de sentido da ideia de personalidade humana, de pessoa,

⁵⁵ Veja-se, quanto ao ponto, Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 161 s., referindo-se ao conteúdo do bem juridicamente tutelado da personalidade do nascituro concebido. Diz-nos o autor que "é (...) o conjunto representado pelo ser do nascituro concebido que merece integral proteção da lei, independentemente de também se configurarem tutelas especiais sobre alguns dos elementos ou manifestações da personalidade do concebido".

Rabindranath Capelo de Sousa considera que é tutelável a vida do nascituro. Note-se que o autor sustenta que não haverá responsabilidade nos casos taxativamente admitidos de interrupção de gravidez fundados em indicação legal. Importa, contudo, sublinhar que defendemos – contrariamente ao que sustenta o autor (mas com a consciência de que o mesmo não se pronunciou sobre uma solução de prazos, como a que está consagrada no nosso código penal, a qual, aliás, considera inconstitucional) – o direito à indemnização mesmo nos casos em que o aborto praticado ao abrigo da hipótese de aborto *ad nutum*, admitido na lei penal. Capelo de Sousa integra, ainda, na tutela do nascituro a integridade física; a personalidade moral (devendo ser indemnizadas as ofensas decorrentes de injúrias e difamações ao nascituro).

⁵⁶ Cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 160.

com a sua dignidade, se impõe a afirmação da personalidade jurídica do embrião ou do feto. É que, aí, nessa situação particular, ela é reclamada pela própria personalidade humana, tornando-se necessária. Com o que se opera, portanto, uma redução teleológica do preceito. A *ratio* da norma – a desnecessidade de reconhecimento da personalidade jurídica – deixa de se cumprir, pelo que se deve passar a reconhecer a qualidade ao nascituro. E, também e obviamente, o artigo 66º/2 CC não se aplicará – pela mesma ordem de razões – aos direitos de natureza pessoal.

Assim, cindimos a personalidade jurídica da personalidade humana: a primeira é um conceito técnico-operativo; a segunda é um conceito axiológico. Admitimos, portanto, que haja limitações da personalidade jurídica, quando comparada com a personalidade humana, ditadas pelas características específicas da personalidade concretamente em causa. Contudo, porque a interpretação do conceito operativo não pode deixar de se orientar pelo sentido ético-axiológico fundamentante, deixará de haver qualquer limitação sempre que a proteção da pessoa seja reclamada em concreto. Portanto, no caso de agressão ou ameaça de agressão aos direitos de personalidade do nascituro, afirmar-se-á, sem hesitação, a personalidade jurídica daquele⁵⁷.

Por aqui podemos concluir que, apesar de o direito positivo nada dizer sobre o ponto, a proteção de dados pessoais não pode senão estender-se aos nascituros. Esta exigência decorre da própria dimensão ético-axiológica que o direito envol-

⁵⁷ Rememore-se, a este propósito, o brocardo *infans conceptus pro viato habetur, quoties e commodis ejus agitur* (a criança concebida tem-se por nascida sempre que seja vantajoso para ela)

ve. De facto, não faz sentido aceitar-se fundadamente que os nascituros têm direitos de personalidade e dizer-se, subsequentemente, que não podem ser tutelados ao nível da proteção de dados. O que se poderá sustentar é que poucas serão as situações carecidas de tutela a este nível, o que não significa que sejam inexistentes.

Assim sendo, e porque se reconhece, por referência aos nascituros, a titularidade dos direitos de personalidade que são objeto de tutela ao nível da proteção de dados, não faz sentido dizer-se que eles não estão abrangidos pela proteção dispensada pelas normas que a erigem⁵⁸. É claro que a necessidade de tutela poderá ser menor, quando comparada com as pessoas singulares, mas não está excluída e afirmar-se-á, com a concreta assimilação do âmbito de relevância das normas pelo âmbito de relevância do caso, sempre que se justificar.

O mesmo raciocínio poderá ser estabelecido por referência às pessoas já falecidas. Relativamente a elas, dispõe o artigo 71º CC que “os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respetivo titular”. Independentemente das posições doutrinárias que sobre o preceito possam conflitar – v.g. a posição dos autores que entendem que a norma empurra a personalidade jurídica para depois da

⁵⁸ Refira-se, a este ensejo, que mesmo os autores que negam personalidade jurídica ao nascituro, acabam por lhe reconhecer direitos, ainda que com menor amplitude, sobretudo no tocante aos direitos de personalidade. Para essas outras perspetivas, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 202 s. Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2010 (reimpressão da 4ª edição), 34. No direito mais antigo, cf. Cabral MONCADA, *Lições de Direito Civil*, I, Coimbra, 1932, 253 s. Cf., ainda, Henrich Edwald HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina, 2014 (reimpressão de 1992), 299 s.

morte⁵⁹; a posição de autores que olham para o preceito no sentido de consagrar um desvio à regra do artigo 68º CC⁶⁰; a posição de autores que, considerando embora que a personalidade jurídica cessa com a morte, sustentam que há determinados bens da personalidade do defunto que perduram no mundo das relações jurídicas, sendo autonomamente protegidos⁶¹; a posição de autores que olham para o artigo 71º no sentido de ele consagrar a tutela de um direito próprio dos familiares sobreviventes, que seriam afetados pelos atos ofensivos da memória do falecido⁶²; a posição de autores que entendem que o que se tutela é a memória do falecido, pelo que não seria possível recorrer, a este nível, às regras da responsabilidade civil⁶³ –, o certo é que podemos afirmar que não é lícito à luz do nosso ordenamento jurídico o ato de difamação ou injúria de uma pessoa já falecida, o ato atentatório do seu cadáver, o ato atentatório da sua imagem, o ato atentatório da sua identidade, o ato atentatório do direito à verdade pessoal, o ato atentatório do direito à história pessoal, *inter alia*. Ora, se assim é, então não faz sentido afirmar que as pessoas já falecidas não se integram no âmbito da tutela dispensada pela proteção de dados. Relembremos que fundadamente considerámos que aquela tem a natureza de um direito-garantia cujo objeto se encontra noutros direitos de personalidade, com os quais se estabelece uma

⁵⁹ Diogo Leite CAMPOS, *Lições de direitos da personalidade*, Almedina, Coimbra 2000, 163 s.

⁶⁰ Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, 105

⁶¹ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 189 s.

⁶² Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 203; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 121;

⁶³ Oliveira ASCENÇÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 100 s.



relação de interioridade constitutiva. De facto, como proteger determinados bens da personalidade e dizer que eles não são tutelados contra utilizações e tratamentos que os possam pôr em causa⁶⁴?

Resta, *in fine*, ponderar o problema por referência às pessoas coletivas. Mister é que se conclua, quanto a elas, que são titulares de direitos de personalidade e, mais precisamente, dos direitos de personalidade envolvidos na proteção de dados. A este propósito, parecem conflitar – em geral – duas teses: a) a de autores que sustentam que, embora os direitos de personalidade estejam insofismavelmente ligados às pessoas singulares, consideram que bens “atinentes à esfera social, como (...) a liberdade, a identidade, o bom nome, a reputação, a esfera de sigilo e de iniciativa” podem integrar-se, nos termos do artigo 160º CC, na capacidade de gozo das pessoas coletivas⁶⁵; b) a dos autores que sustentam que os direitos de personalidade estão necessariamente ligados à ideia de dignidade humana e que, portanto, “o seu alargamento às pessoas coletivas é um equívoco positivista que nasce da errada equiparação e confusão entre as pessoas singulares e as pessoas coletivas num macro-conceito geral-abstrato de personalidade jurídica”, pelo que “a aplicação do regime jurídico do direito de personalidade a pessoas coletivas nunca pode ser feito por via direta, mas antes e tão só por analogia, isto é, quando a semelhança

⁶⁴ É claro que a dimensão de igualdade que fundadamente dissemos ser, também, protegida ao nível da proteção de dados perde sentido por referência às pessoas já falecidas. Mas o facto de não existir perigo de discriminação não significa que as outras dimensões inscritas na tutela dos dados pessoais não possam tornar-se problemáticas.

⁶⁵ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 601.

das situações o justifique, e sempre com a adaptação do regime ao caso concreto e com a consciência de que o sentido jurídico é completamente diferente nos verdadeiros direitos de personalidade, de que são titulares pessoas humanas, e direitos subjetivos análogos na titularidade de pessoas coletivas”⁶⁶.

Não cremos que exista um dissenso intransponível entre a posição dos dois autores. Em ambos os casos, acaba por se vincar a ligação incindível entre a pessoa e os direitos de personalidade, por um lado, e, por outro lado, a possível titularidade deles por parte das pessoas coletivas. A única diferença é que Pais de Vasconcelos admite a solução por via da analogia. Se adequadamente aceitarmos, de acordo com a posição de Castanheira Neves e da sua metodologia⁶⁷, que toda a realização do direito implica a analogia, então a solução defendida por Pais de Vasconcelos não difere grandemente da anteriormente expendida, embora tenha o mérito de sublinhar que as pessoas coletivas “tomam de empréstimo” direitos que, pela sua natureza, só são pensáveis por referência às pessoas singulares. Na verdade, admitindo-se a titularidade de direitos de personalidade pelas pessoas coletivas (como se deve admitir) é bom não esquecer que esses direitos têm, nesse quadro, um diverso fundamento axiológico e uma diversa intencionalidade, sendo predispostos de modo funcionalizado aos fins que aquela prossegue. Acresce que, ao contrário do que sucede por referência às pessoas singulares, o legislador pode restringir a atribuição de tais direitos aos organismos criados pelas pessoas singulares⁶⁸.

⁶⁶ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, 123.

⁶⁷ Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995

⁶⁸ No caso das pessoas singulares, deve entender-se que o legislador não

O que aqui fica dito reveste-se de particular importância para o tema que estamos a tratar. Com efeito, porque os direitos de personalidade das pessoas coletivas não comungam com os congéneres titulados pelas pessoas singulares a intencionalidade axiológica que os últimos revestem, é possível que o legislador determine a sua não integração ao nível da proteção de dados pessoais. Parece que foi o que aconteceu ao nível do regulamento. Em rigor, tal integração teria de ser justificada pela necessidade ou pelo menos conveniência para a prossecução dos fins da referida pessoa. O que não quer dizer que, em concreto, não se possa reagir contra um ato de tratamento de dados que ponha em causa, num caso particular, os direitos envolvidos. Aí, poder-se-ão mobilizar por analogia algumas das regras integradas na proteção de dados⁶⁹.

3. O problema da responsabilidade civil

O regulamento europeu prevê, no artigo 82º, que qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais devido a uma violação do referido regulamento tem direito a receber uma indemnização do responsável pelo tratamento ou do subcontratante pelos danos sofridos. Acrescenta o nº2 do preceito que qualquer responsável pelo tratamento que nele esteja envolvido é responsável pelos danos causados por um tratamento que viole o presente regulamento, sendo o subcon-

atribui tais direitos, mas tão-só os reconhece, por eles decorrerem da própria ideia de direito assente na dignidade da pessoa humana.

⁶⁹ Veja-se, a este propósito, o artigo 1º/3 Lei nº41/2004, de 18 de Agosto, alterada pela Lei nº46/2012.

tratante responsável pelos danos causados pelo tratamento apenas se não tiver cumprido as obrigações impostas pelo regulamento dirigidas especificamente aos subcontratantes ou se não tiver seguido as instruções lícitas do responsável pelo tratamento. Esta responsabilidade pode ser afastada se o responsável pelo tratamento ou o subcontratante provar que não é responsável pelo evento que deu origem aos danos. Havendo mais do que um responsável pelo tratamento ou subcontratante, ou um responsável pelo tratamento e um subcontratante, que sejam responsáveis por danos causados pelo tratamento, cada um é responsável pela totalidade dos danos, prevendo-se no n.º5 do artigo 82.º a possibilidade de exercício do direito de regresso em relação à parte da indemnização correspondente à respetiva parte de responsabilidade pelo dano em conformidade com a regra estabelecida no n.º2.

Torna-se, assim, inequívoco que o Regulamento 2016/679 consagra uma regra de solidariedade obrigacional entre os corresponsáveis, ao mesmo tempo que parece inverter o ónus da prova, a partir do momento em que se constata a violação das obrigações por ele impostas⁷⁰. As soluções são de aplaudir, não só pelo cunho protetivo do titular dos dados que apresentam, como porque parecem resultar do funcionamento das regras ressarcitórias, quando entendidas numa ótica personalista. De facto, a partir do momento em que um determinado sujeito lida com dados alheios, assume uma esfera de risco/responsabili-

⁷⁰ A solução parecia já resultar da lei de proteção de dados nacional. O n.º2 do artigo 34.º prevê que “o responsável pelo tratamento pode ser parcial ou totalmente exonerado desta responsabilidade se provar que o facto que causou o dano não lhe é imputável”. A formulação legal peca, contudo, por não perceber que se o evento não for imputável ao sujeito não é possível afirmar-se a responsabilidade, não fazendo sentido falar de uma responsabilidade parcial.

dade, devendo adotar as medidas de cuidado – consagradas pelo legislador – no sentido de garantir a sua incolumidade. Não o fazendo, a primitiva esfera de responsabilidade (responsabilidade pelo outro, ou pelos dados do outro) convola-se numa outra esfera, mais ampla, de responsabilidade, no sentido da *liability* (responsabilidade perante o outro). A esta esfera são reconduzidos todos os danos-lesão que deveriam ser obviados pelo cumprimento do dever legal imposto, pelo que, *a priori*, cada interveniente no tratamento dos dados responderá pela totalidade do dano verificado em face do sujeito lesado. Posteriormente, pelo confronto entre a esfera de risco/responsabilidade do lesante e a esfera de risco, aquele primitivo nexu imputacional que se desenha concretiza-se, podendo em concreto excluir-se ou conjugar-se com outros.

Não basta, contudo, que se determine um concreto nexu de imputação para que a responsabilidade seja afirmada. A este associam-se outros requisitos de uma pretensão indemnizatória procedente: a ilicitude, a culpa e o dano. Ademais, a modelação que aquele nexu conheça, exatamente porque de um nexu de ilicitude se trata, fica dependente da concreta modalidade de ilicitude desvelada e, mais amplamente, da modalidade de responsabilidade civil em causa. Importa, portanto, tecer umas breves considerações a este propósito.

O nosso discurso orienta-se, até este momento, pela responsabilidade extracontratual ou aquiliana. Percebe-se que assim seja. Estamos, na verdade, e conforme constatámos a partir da identificação de uma relação de interioridade constitutiva entre a proteção de dados e diversos direitos de personalidade, num domínio onde se lida com direitos absolutos. Por outro lado,

e de forma não inócua⁷¹, as regras previstas no Regulamento

⁷¹ A desvelação da ilicitude com base na segunda modalidade de ilicitude tem consequências dogmáticas de não pequena monta. De acordo com o pensamento de inúmeros juristas, a primeira repercussão se há-de encontrar logo ao nível da culpa. Sublinha Sinde Monteiro que “a culpa tem agora de se referir apenas à própria violação da norma e já não à violação dos bens jurídicos”. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, 239. Christian von BAR, „Deliktsrecht, Empfiehlt es sich, die Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen mit Rücksicht auf die gewandelte Rechtswirklichkeit und die Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre neu zu ordnen? Wäre es insbesondere zweckmässig, die Grundtatbestände der § 823 Absätze 1 und 2, § 826 BGB zu erweitern oder zu ergänzen?“, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts herausgegeben vom Bundesminister der Justiz*, Bd. II, Bundesanzeiger Verlagsges, Köln, 1981, 1696, sustentando que, no caso de violação de uma norma de perigo abstrato, a culpa se limita à ofensa da norma e que há inversão do ónus da prova quanto a ela.

Em sentido diverso, cf. Hans STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, Mohr, Tübingen, 1968, 22 e ss.

De notar, igualmente, que, de acordo com o modelo imputacional que tivemos oportunidade de delinear na nossa dissertação de doutoramento, no caso da primeira modalidade de ilicitude, desenha-se, em concreto, a partir da preterição de deveres de segurança no tráfego, onde se incluem deveres de cuidado (que, uma vez lesados, permitem desvelar a culpa), uma esfera de risco/responsabilidade que estará na base da imputação de um resultado ao agente. Ora, a culpa há-de referir-se a essa esfera de responsabilidade e não a todos os danos-eventos que surjam. Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexos de causalidade ao nexos de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Príncípa, 2013, 914 s. e *Lições de Responsabilidade civil*, Príncípa, 2017.

Por outro lado, a violação da norma implica, segundo a posição de alguns autores, uma presunção de culpa. A este ensejo podemos referir duas grandes posições na doutrina: os Autores que defendem a existência de uma verdadeira inversão do ónus *probandi* e os que se limitam a falar de uma presunção simples.

Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 265. *In fine*, tal antecipação teria consequências ao nível da causalidade. Prescindir-se-ia a este nível da ideia de adequação e da ideia de probabilidade que lhe anda associado. Como se compreenderá, a partir do momento em que defendemos justificadamente o afastamento da ideia de causalidade adequada de toda a construção ressarcitória, estas consequências terão necessariamente um impacto menor, até porque à mesma inversão do ónus da prova se consegue chegar a partir do momento em que se aceite o nexos de imputação por nós delineado. Cf. *Do nexos de causalidade ao nexos de imputação*, cap. X.



podem ser entendidas enquanto disposições legais de proteção de interesses alheios, abrindo as portas à segunda modalidade de ilicitude aquiliana⁷².

Isto não obsta, porém, a que, em concreto, não possa existir também assimilação do caso pela intencionalidade específica da responsabilidade contratual. Basta para tanto que a violação dos dados ocorra pela preterição de determinados deveres que oneram o responsável pelo tratamento, numa relação contratual firmada entre ele e o titular daqueles. Ainda que o contrato não tenha como objeto essa proteção dos dados, a boa-fé pode impor determinados deveres de cuidado que, quando violados, geram responsabilidade contratual. O que se defende implica, como se perceberá, a adesão a duas teses: em primeiro lugar, implica a aceitação da ideia de concurso entre modalidades de responsabilidade civil, entendido enquanto concurso de fundamentos de uma mesma pretensão indemnizatória; em segundo lugar, implica a adesão à posição doutrinal segundo a qual a violação de deveres de conduta, porque reconduzidos ao núcleo da relação contratual, vista como uma relação obrigacional complexa, gera uma hipótese que é assimilada pela responsabilidade contratual⁷³.

A mais-valia da segunda modalidade de ilicitude passa, aos nossos olhos, pelo facto de ser o legislador que, *a priori*, define os contornos da esfera de responsabilidade, ao impor uma conduta ou ao proibir outra.

⁷² O dado resultava inequívoco do artigo 34º da lei de proteção de dados, nos termos do qual qualquer pessoa que tiver sofrido um prejuízo devido ao tratamento ilícito de dados ou a qualquer outro ato que viole disposições legais de proteção de dados pessoais tem direito de obter do responsável a reparação do prejuízo sofrido. Reproduz-se, assim, em matéria de proteção de dados a regra geral de duplicidade de modalidades de ilicitude ao nível extracontratual (descontado que seja o abuso do direito, enquanto modalidade autónoma).

⁷³ Sobre estes pontos, com maior desenvolvimento e outras referências bibliográficas, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, 19 s. e 22 s.

Uma última nota para nos referirmos à responsabilidade do subcontratante: se esta pode ser vista, como referido, como uma hipótese de responsabilidade aquiliana, não menos seguro nos parece afirmar que é possível que em determinadas hipóteses seja, também, assimilada pela responsabilidade contratual. Com isto não nos queremos referir à eventual responsabilidade contratual que o responsável pelo tratamento dos dados, que com o titular destes haja celebrado um contrato, assuma para com este por via do artigo 800º CC⁷⁴. Referimo-nos antes a uma eventual responsabilidade do próprio subcontratante para com o titular dos dados. Para tanto, haverá que se configurar o contrato celebrado entre o responsável pelo tratamento dos dados e o subcontratante como um contrato com eficácia de proteção para terceiros⁷⁵. No âmbito de proteção do contrato incluir-se-iam alguns terceiros, que não poderiam exigir a prestação do devedor, mas se poderiam tornar credores de uma pretensão indemnizatória contra ele⁷⁶. Segundo Mota Pinto, “este círculo de terceiros não deverá ser imprevisível e abrange aquelas pessoas que, segundo a natureza da prestação, estão, duma forma em maior ou menor grau inevitável em contacto com ela, e que (...) estão de tal modo próximos do credor que

⁷⁴ Tratando-se de responsabilidade extracontratual e havendo entre o responsável pelo tratamento e o subcontratante uma relação de comissão pode ser chamado a depor o regime do artigo 500º CC.

⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Almedina, 2001, 617 s.; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 518 a 535; e C.A. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Atlântida Editora, Coimbra, 1970, 419 a 426; LARENZ, “Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik”, *Juristenzeitung*, 1962, 105 s.; CARNEIRO DA FRADA, “Os deveres ditos acessórios e o arrendamento”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, 2013, 287.

⁷⁶ Cf. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, 422.

este, em termos cognoscíveis pelo devedor, confia na segurança dessas pessoas tanto como na sua"⁷⁷. Ora, parece-nos que, destinando-se o contrato celebrado entre o responsável pelos dados e o subcontratante do tratamento de dados de terceiros, o subcontratante (*processor*) não poderá deixar de ter em conta que a sua prestação pode afetar particularmente os interesses desses terceiros, pelo que estes se devem integrar na esfera de proteção do contrato⁷⁸.

⁷⁷ Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, 423.

⁷⁸ A este propósito, importa referir que nos poderíamos deter na análise de outros problemas juridicamente relevantes em sede de responsabilidade civil. Assim, estando envolvidas, nos casos concretos, pessoas coletivas, poder-se-ia levantar o problema de uma eventual responsabilidade pelos atos dos seus funcionários e agentes. Tal responsabilidade seria regida pela disciplina estabelecida pelo artigo 500º CC, nas hipóteses de responsabilidade extracontratual, ou pela disciplina consagrada no artigo 800º CC, nos casos de responsabilidade contratual. Repare-se que, no que a estes se refere, deveremos excepcionar o regime da responsabilidade dos *processors*, sujeitos a um regime especial.

Mais se refira a figura dos encarregados do tratamento de dados, prevista nos artigos 38º e seguintes do Regulamento (UE) 2016/679. A especificidade resulta do facto de, nos termos do artigo 38º/3 do citado Regulamento o responsável pelo tratamento e o subcontratante assegurarem que o encarregado da proteção de dados não recebe instruções relativamente ao exercício das suas funções. Esta particularidade dita o afastamento, em relação a danos por eles causados, da possibilidade de o responsável pelos dados ser responsabilizado por via do artigo 500º CC.

ARRENDAMENTO, RESPONSABILIDADE CIVIL E TERCEIROS

Mafalda Miranda Barbosa

1. Formulação do problema

No âmbito de um contrato de arrendamento, podem gerar-se determinados danos, colocando-se o problema da sua reparação. Não pretendemos, nas linhas que se seguem, fazer um estudo exaustivo dos casos que a este propósito podem emergir. Pelo contrário, temos em mente um propósito muito mais modesto de tratamento das hipóteses em que não é o arrendatário que sofre o referido dano, mas um terceiro que se integra na esfera de vida desse inquilino. Pense-se, por exemplo, na situação em que A, amigo de longa data de B, foi jantar a sua casa, arrendada a C, tendo ficado com o casaco danificado em virtude da humidade extrema que se fazia sentir no local e que nunca tinha sido debelada pelo senhorio. Ou, noutro caso, em que D, familiar de E, vai a sua casa, também arrendada, e parte uma perna, depois de ter caído no buraco que havia no chão da sala.

O que se questiona, em qualquer destas hipóteses, é a possibilidade de o lesado obter uma indemnização do senhorio. Importa, contudo, esclarecer que não pretendemos tratar do problema do ponto de vista da imputação objetiva, ou seja,

não queremos saber até que ponto o dano lesão verificado (lesão da propriedade/lesão da integridade física) pode ou não ser imputado a um determinado sujeito, no quadro da responsabilidade civil extracontratual. Não ignoramos, é certo, que em todo o caso o problema tem razão de ser – já que é também da violação de direitos absolutos de que se cura – e que se aceita como boa a doutrina que defende que, se a mesma situação pder ser, simultaneamente, assimilada pela intencionalidade da responsabilidade aquiliana e contratual, o lesado pode fundar a sua pretensão indemnizatória em normas de uma e outra modalidade responsabilizatória, falando-se a este propósito de um concurso de fundamentos de uma mesma pretensão indemnizatória. Não obstante, o que pretendemos indagar é em que medida não sendo o lesado parte no contrato pode ou não lançar mão das regras contratuais para se ressarcir.

A questão envolve, portanto, a análise do contrato de arrendamento como um contrato com eficácia de proteção para terceiros.

In fine, olharemos, ainda, de forma não desenvolvida, para a questão da liquidação do dano de terceiro.

2. O contrato de arrendamento como uma relação obrigacional complexa

O contrato de arrendamento é o contrato de locação que tem como objeto um bem imóvel¹, definindo-se a locação como “o contrato pelo qual uma das partes se obriga a propor-

¹ Artigo 1023º CC

cionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição”. Trata-se, portanto, de um contrato social e legalmente típico, cujas prestações recíprocas são fixadas pelo legislador: obrigação de proporcionar à outra o gozo temporário da coisa; pagamento de uma retribuição. Estamos, assim, diante de um contrato bilateral e oneroso. Bilateral porque dele resultam obrigações para ambas as partes; oneroso porque cada um dos contraentes tem de efetuar uma prestação, estando as duas unidas por um nexo de corresponsabilidade.

A par destes deveres primários de prestação existem, porém, outros. Na verdade, há muito que a doutrina tem afirmado que a relação contratual não se pode compreender como um único vínculo, mas antes como um processo ou organismo, isto é, como uma relação obrigacional complexa², “uma entidade dogmática diversa de uma simples soma ou conglomerado de créditos e débitos, consistindo numa unitária relação da vida que sucessivamente se pode desentranhar em vários vínculos e faculdades”³. Antunes Varela defende que a obrigação não deve ser vista como uma relação una e simples, mas como uma relação complexa, “como um verdadeiro processo que se desenrola no tempo”⁴. Também Mota Pinto se refere a esta

² Sobre a noção de relação obrigacional complexa, cf., *inter alia*, RUI DE ALARCÃO, *Direito das obrigações* (texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J.C. Proença, com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3º ano jurídico), policopiado, Coimbra, 1983, 61 s.; MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Atlântida Editora, Coimbra, 1970, 224; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, 156; MENEZES CORDEIRO, “Violação positiva do contrato – anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 1980”, *Estudos de Direito Civil*, volume I, Almedina, Coimbra, 1991, 123 s.

³ MOTA PINTO, *Cessão*, 224.

⁴ ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, 156

realidade complexa, olhando-a como um “quadro unitário de direitos de crédito, deveres de prestação, direitos potestativos, deveres laterais, ónus”, que surge como um conceito autónomo relativamente à obrigação singular⁵.

Nela se incluíam, portanto, ao lado dos deveres principais ou típicos, os chamados deveres secundários, dentro dos quais se integram os deveres acessórios da prestação principal (todos os deveres cujo cumprimento se exige em nome da perfeita execução da prestação principal), os deveres relativos às prestações substitutivas ou complementares da prestação principal (dever de indemnização, decorrente dos prejuízos sofridos pelo não cumprimento, a mora ou o cumprimento defeituoso do dever de prestação principal). A par destes, existem ainda, no complexo em que se traduz a relação obrigacional, certos direitos potestativos, ónus e expectativas jurídicas. Do mesmo modo, integram-na certos deveres de conduta, a que Stoll deu o nome de deveres de proteção ou de tutela, porque eles se destinavam a proteger o credor dos perigos que lhe podiam advir da incorreta realização da prestação⁶, Larenz designou por outros deveres de conduta, Esser por deveres laterais⁷. Entre nós, Carneiro da Frada lança mão da designação de deveres de consideração⁸.

⁵ MOTA PINTO, *Cessão*, 330.

⁶ Antunes Varela considera incorreta a expressão do autor alemão, por abranger apenas uma das finalidades que os deveres de conduta podem cumprir – *Das obrigações*, 123, n. 1.

Cf. STOLL, “Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 136, 1932, 257 s.

⁷ Cf. ROCHA ALVES, *Deveres de protecção*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2000 (policopiado).

Para uma diferenciação dos diversos deveres, cf. MOTA PINTO, *Cessão*, 336 s.

⁸ M. CARNEIRO DA FRADA, “Os deveres ditos acessórios e o arrendamento”,



Tais deveres têm como finalidade a salvaguarda do restante património e da pessoa do credor⁹, surgem como decorrência da boa-fé e são variáveis consoante as circunstâncias, não podendo elencar-se *a priori*. Se estes aspetos são consensuais na doutrina, o mesmo não se pode dizer de outros tópicos com eles relacionados. Se Carneiro da Frada afirma que “a sua natureza não exclui a possibilidade de uma interpelação admonitória, nem uma ação de condenação ao seu cumprimento”, desde que sejam definíveis perante uma situação de facto minimamente estável¹⁰, tradicionalmente, vinha-se entendendo

Revista da Ordem dos Advogados, ano 73, 2013, 267 s. Para o autor, a expressão é mais feliz, por deixar margem para outros deveres eticamente mais exigentes (fidelidade, lealdade) e por suplantar os deveres de correção ou de respeito, ao apontar para uma vertente mais solidarística e menos individual. Importa, contudo, sublinhar que o autor integra estes deveres de consideração na categoria mais ampla por si identificada como deveres acessórios.

Mostra-se, por aqui, que a clivagem terminológica é a nota dominante. Para outra sistematização, cf. RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, 65 s., falando em deveres principais ou de prestação, “que constituem o elemento fundamental da obrigação em ordem à realização do seu fim”, a par dos quais encontraríamos deveres secundários ou acidentais de prestação, que podem por sua vez ser meramente acessórios da prestação principal, ou ser um sucedâneo do dever primário de prestação, como é o caso por nós já referido do direito à indemnização, o que não obsta a que ele coexista com este (pense-se no mesmo caso de dever de indemnização por incumprimento contratual, quando o incumprimento se traduza em mora do devedor). Além destes, Rui de Alarcão fala-nos igualmente dos deveres laterais, expressão que considera, em termos explícitos, mais pertinente para designar a realidade em causa do que outras expressões correlativas, como sejam “deveres de conduta, deveres acessórios de conduta”, “deveres de proteção” ou “deveres de tutela”, que são aqueles que “tendo como fonte uma cláusula contratual, uma norma legal ou o princípio da boa-fé, auxiliam, não o cumprimento dos deveres principais, mas a cabal satisfação dos interesses globais visados pela relação obrigacional complexiva” (pág. 67).

⁹ Nas palavras de Carneiro da Frada, “visam a preservação recíproca das posições pessoais e patrimoniais das partes que podem ser afetadas pela execução do contrato” – cf. . CARNEIRO DA FRADA, “Os deveres ditos acessórios e o arrendamento”, 268.

¹⁰ CARNEIRO DA FRADA, “Os deveres ditos acessórios e o arrendamento”, 277.



que, sendo certo que o seu não cumprimento pode dar origem à resolução do contrato¹¹, o seu cumprimento não seria judicialmente exigível, exatamente em nome da indeterminação de base que os caracteriza. Ponto assente é, também, a possibilidade de, com base na sua violação, se gerar uma pretensão indemnizatória, embora não haja consenso quanto à natureza da mesma. A este ponto voltaremos adiante.

Se pensarmos na relação de arrendamento, torna-se relativamente simples o exercício (ainda que abstrato) de desentranhar do seu seio uma série destes deveres de conduta decorrentes da boa-fé¹². Carneiro da Frada leva-o a cabo e oferece-nos inúmeros exemplos: dever do arrendatário de não fazer da coisa um uso imprudente; obrigação do arrendatário de manter a coisa no estado em que a recebeu¹³; dever de avi-

Já poderá ser mais problemática, consoante o ensinamento do autor, a possibilidade de recurso à exceção de não cumprimento do contrato, dada a falta de sinalgmaticidade dos deveres de conduta. Ou seja, o não cumprimento deles por parte de um dos contraentes não pode ser razão para o não cumprimento de deveres semelhantes por parte do outro.

A este propósito, cf. o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Dezembro de 2009, onde se pode ler, numa formulação a nossos olhos demasiado ampla, que "a violação dos deveres laterais ou dos deveres acessórios de conduta – integrantes da chamada relação obrigacional complexa ou relação contratual e essenciais ao correto processamento da obrigação principal (...) também acarreta, pela sua gravidade, as mesmas consequências que o incumprimento das obrigações principais".

¹¹ ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, 127, admitindo a possibilidade de resolução ou outra sanção análoga.

¹² Para uma importante análise de alguns deles, cf., uma vez mais, CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres ditos acessórios e o arrendamento", 281.

¹³ Segundo o autor, o artigo 1043º/1 CC não consagra, apenas, uma mera obrigação instrumental com vista à restituição da coisa findo o contrato, porque, se assim fosse, o locador só poderia responsabilizar o arrendatário no final do arrendamento.

so do senhorio em relação a determinados vícios que podem constituir um perigo para os direitos ou bens do arrendatário; dever de agir para prevenir ou minorar riscos por parte do inquilino, entre outros.

3. A responsabilidade pela violação de deveres de conduta

Questão particularmente dilemática na doutrina é a de saber que responsabilidade se gera, quando haja violação de tais deveres.

À responsabilidade contratual atribuímos a função de satisfazer por outra via o interesse do credor. Para compreender esta dimensão funcional em relação a uma visão mais ampla da responsabilidade contratual, importa ter presente o que ensina Mota Pinto: o fim do contrato é mais amplo que o interesse creditório na prestação¹⁴, ou seja, ao credor não basta a realização da prestação, mas a sua realização em determinadas condições, designadamente, aquelas que garantam a incolumidade da sua pessoa e do restante património. Quer isto dizer

¹⁴ Cf. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, 404. Veja-se, ainda, pág. 408 s. Mota Pinto esclarece que “cada contraente visa, com a realização de um negócio, atingir um determinado fim contratual, tem um determinado interesse contratual. Este interesse contratual consiste, a mais do interesse creditório na prestação, que pode ser igual em contratos de diferente tipo, na satisfação daquela concreta necessidade que o concreto contrato serve, na medida em que possa relevar (...). Não consiste, porém, somente nisto. Como elemento fator da dinâmica da esfera jurídica, normalmente, do património de cada parte, liga-se ao contrato o interesse na positiva satisfação dessa necessidade, expressa na alteração jurídica correspondente; ao lado dela, existe o chamado interesse na conservação do património ou dum setor não patrimonial da esfera jurídica”.

que no âmbito da responsabilidade contratual não integramos, apenas, as hipóteses de mora e de incumprimento *tout court*, mas também as situações de cumprimento defeituoso e, dentro dele, de *violação positiva do contrato*¹⁵. Dito de outro modo, o âmbito de relevância da responsabilidade contratual assimilaria não só os casos de incumprimento *tout court*, ou de cumprimento defeituoso (ou seja, as situações em que o que está em causa é o dever de prestar, uma vez que a prestação é efetuada, mas mal, isto é de forma defeituosa), como também as hipóteses em que o dever de prestar é cumprido, mas em que os deveres de proteção são preteridos, gerando-se uma lesão na pessoa ou no restante património do credor¹⁶.

A solução não é, contudo, pacífica. Muitos autores consideram que os deveres impostos pela boa-fé têm natureza delitual, recusando a mobilização do regime contratual a este propósito¹⁷. Não cremos, porém, que tenham razão. E o argumento

¹⁵ MENEZES CORDEIRO, "Violação positiva do contrato – anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 1980", 123 s.

Para uma perspetiva que a inclui dentro do âmbito de relevância da responsabilidade contratual, cf. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, 405, n.1, considerando que é preferível falar de cumprimento defeituoso em termos mais amplos para se referir à hipótese, mas defendendo que certos casos de lesão da pessoa ou do restante património da contraparte devem considerar-se ilícitos contratuais.

¹⁶ Em determinadas situações, poder-se-á falar de um concurso de fundamentos de uma mesma pretensão indemnizatória, desencadeando-se simultaneamente responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual.

¹⁷ Segundo Carneiro da Frada, estes deveres apenas revestem natureza contratual em duas situações. A saber: quando o dever contratual típico se esgota ele mesmo num dever de proteção, como é o caso do contrato celebrado entre o médico e o seu paciente, ou quando os contraentes elevaram, por estipulação contratual, os deveres de proteção à categoria de deveres de prestar – cf. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, 60. Para o autor, a viola-

para defender a nossa posição não é apenas conceptual: não só estamos a ter em conta os interesses subjacentes a uma relação contratual e a apartá-la do formalismo que deve ser afastado, como as regras atinentes à cessão da posição contratual e as regras da interpretação das declarações negociais nos permitem chegar à mesma conclusão.

No que tange à cessão da posição contratual, ao analisá-la como um negócio unitário, Mota Pinto consegue chegar à conclusão que, por via dela, se transmite toda a relação obrigacional compreendida de forma complexa e na qual também repousam os deveres de conduta decorrentes da boa-fé. Por outro lado, as normas respeitantes à interpretação das declarações negociais deixam-nos antever o mesmo. O dado não gera, ao contrário do que se poderia pensar, unanimidade.

ção de tais deveres geraria uma responsabilidade que se situaria entre o delito e o contrato.

Sinde Monteiro, referindo-se especificamente aos contratos com eficácia de proteção para terceiros, considera que os deveres de proteção podem ser reconduzidos ao âmbito contratual e que o terceiro pode ser, por integração, inserido na esfera de proteção do contrato – *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, 525 –, mas considera que se deve recusar a aplicação em bloco do regime da responsabilidade contratual aos casos de preterição de tais deveres, aderindo, assim, também a uma terceira via, híbrida, de responsabilidade civil – cf. pág. 531.

Sobre o problema da recondução dos deveres de proteção ao conteúdo contratual, veja-se, no ordenamento jurídico italiano, BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milano, 1953-1955, 65 s.; MENGONI, "Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi", *Rivista diritto commerciale*, 1954, I, 369 s.; BENATI, "Osservazioni in tema di doveri di protezione", *Rivista trimestrale procedura civile*, ano XIV 1960, 1342 s.; RODOTÀ, *Le fonti di integrazioni del contratto*, Milano, 1962, 137 s.; VISINTINI, « Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale », *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991, 2 s.; CASTRONOVO, "Obblighi di protezione e tutela del terzo", *Jus*, 1976, 122 e "Obblighi di protezione", *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990, 1 s. Com uma posição contrária a esta teoria integrativa dos deveres de proteção no âmbito contratual através da cláusula geral da boa-fé, cf. BIGLIAZZI GERI, "Buena fede", *Digesto*, Disc. Priv., Sez. Civ. Vol. II, Torino, 1988, 154 s.

Segundo uma doutrina que começa a alicerçar-se no nosso país, à semelhança do que vem acontecendo além-fronteiras, estas situações não poderão nunca gerar responsabilidade contratual, na medida em que o que está em causa não é o pacto jurídico que consubstancia o contrato. Assim, Carneiro da Frada explica-nos que a responsabilidade que resulta da violação de deveres de proteção não pode deixar de ser vista como uma responsabilidade especial que se situa entre a que decorre do incumprimento dos deveres de prestação e a responsabilidade delitual, na medida em que os deveres de proteção violados não têm natureza contratual¹⁸. Para o autor, a única possibilidade de se reconduzirem os deveres de proteção ao conteúdo contratual é recorrer a ficções interpretativas, como sejam

¹⁸ CARNEIRO DA FRADA, *Contrato*, 52. Segundo o autor, estes deveres apenas revestem natureza contratual em duas situações. A saber: quando o dever contratual típico se esgota ele mesmo num dever de proteção, como é o caso do contrato celebrado entre o médico e o seu paciente, ou quando os contraentes elevaram, por estipulação contratual, os deveres de proteção à categoria de deveres de prestar – cf. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato*, 60.

Não se integrando no âmbito do contrato, certos autores avançam com outros fundamentos para justificar a sua existência, como sejam o contacto social entre as partes com a acrescida possibilidade de produção de danos mútuos ou a confiança reciprocamente depositada pelos parceiros contratuais na abstenção de comportamentos lesivos dos seus interesses.

Sobre o problema da recondução dos deveres de proteção ao conteúdo contratual, veja-se, no ordenamento jurídico italiano, BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milano, 1953-1955, 65 s.; MENGONI, "Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi", *Rivista diritto commerciale*, 1954, I, 369 s.; BENATI, "Osservazioni in tema di doveri di protezione", *Rivista trimestrale procedura civile*, ano XIV 1960, 1342 s.; RODOTÀ, *Le fonti di integrazioni del contratto*, Milano, 1962, 137 s.; VISINTINI, « Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale », *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991, 2 s.; CASTRONOVO, "Obblighi di protezione e tutela del terzo", *Jus*, 1976, 122 e "Obblighi di protezione", *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990, 1 s. Com uma posição contrária a esta teoria integrativa dos deveres de proteção no âmbito contratual através da cláusula geral da boa fé, cf. BIGLIAZZI GERI, "Buena fede", *Digesto*, Disc. Priv., Sez. Civ. Vol. II, Torino, 1988, 154 s.

a interpretação complementar (Menezes Cordeiro) ou integrativa (Baptista Machado), cuja sede reside no artigo 239º CC. Não se trataria, aí, de interpretar isoladamente cada uma das declarações negociais, mas de interpretar o contrato, enquanto regulação objetiva estabelecida pelas partes. Ora, para o autor, não faz qualquer sentido falar de integração de lacunas a este propósito. “Não é qualquer ausência de estipulação das partes que autoriza a lacuna e o processo integrativo. Somente aquela que se reporte a uma condição *sine qua non* da execução do plano obrigacional gizado pelas partes ou então que contrarie a própria unidade de sentido do negócio”¹⁹. A ausência de estipulação de deveres de proteção não nos permite sem mais concluir pela existência de uma lacuna negocial, porque enquanto o contrato visa “a transferência de bens ou serviços que possam satisfazer necessidades individuais ou coletivas”, os deveres de proteção visam tutelar posições jurídicas já existentes, pelo que escapam à lógica do contrato. Argumenta ainda no sentido da autonomia dos deveres de proteção do conteúdo do contrato com o facto de estes se manterem em determinadas situações em que o contrato se deve considerar inválido²⁰. Por isso, entende que a sua violação em concreto não pode gerar responsabilidade contratual, ao contrário das situações em que é o próprio dever de prestação (ou os deveres acessórios de prestação) que é preterido. Paralelamente, o autor constata que, quando nos situamos no âmbito da responsabilidade civil

¹⁹ CARNEIRO DA FRADA, *Contrato*, 76.

²⁰ No mesmo sentido, cf. “Os deveres ditos acessórios e o arrendamento”, 273. Veja-se, ainda, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VI, *Direito das Obrigações (Introdução, sistemas e direito europeu, dogmática geral)*, 2ª edição, Coimbra, 2012, 511 s.

extracontratual, não procuramos proteger nenhuma situação jurídica particular pré-estabelecida, mas a ordenação geral dos bens. Tutelam-se posições jurídicas gerais, que nenhuma conexão apresentam com um contrato anteriormente celebrado. Ou seja, a violação de deveres de proteção, mesmo que não se possa qualificar como contratual, não pode igualmente ser vista como puramente delitual²¹. De facto, esses deveres fundam-se numa relação particular que une o agente prevaricador e o lesado. O autor entende, por isso, que o que está em causa é uma terceira via de responsabilidade civil, à qual se poderão aplicar as regras próprias de uma ou outra modalidade de responsabilidade civil, consoante a analogia que se estabeleça, de acordo com uma ponderação casuística. No tocante às situações que analisa por referência ao contrato de arrendamento, Carneiro da Frada conclui que a violação dos deveres de proteção, integrando-se numa terceira via de responsabilidade civil, segue o regime da responsabilidade contratual²².

Concluindo, reconhece que os danos decorrentes da violação de deveres de proteção não podem ser valorados de

²¹ Cf. CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres ditos acessórios e o arrendamento", 276. Segundo aí se pode ler, por referência ao arrendamento, "podem em parte ser coincidentes com adstrições de outro tipo (maxime delituais, nomeadamente deveres do tráfego)", mas têm "um sentido e um fundamento específico que resulta de estarem ao serviço da relação contratual". E mais à frente, o autor aduz que "não é preciso filiar-se a responsabilidade por danos consequenciais no direito delitual a pretexto de terem ocorrido fora do âmbito das atribuições patrimoniais visadas pelas partes com o contrato; nem se torna necessário modelar artificialmente o respetivo regime – tido por aquiliano – por forma a aproximar da responsabilidade contratual, com base na consideração de que, estabelecida a causalidade, a solução não pode variar consoante a validade do contrato". Como argumento refere-se ao facto de os deveres de proteção dispensarem uma tutela similar quer o contrato seja válido, quer o contrato seja inválido.

²² CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres ditos acessórios e o arrendamento", 277.

forma idêntica aos danos ocasionados pelos contactos gerais que em sociedade se estabelecem entre os diversos membros que a integram²³. Mas, porque entende que é impossível reconduzir os deveres de proteção ao mundo da autonomia privada e ao conteúdo obrigacional gerado pelo acordo vinculante das partes, sustenta que não se podem aplicar sem mais as regras da responsabilidade contratual a estas situações, ainda que a elas se possa chegar por analogia. No fundo, o que o autor pretende dizer é que os casos em apreço não são assimilados quer pela intencionalidade própria da norma que regula a responsabilidade contratual, quer pela intencionalidade própria do preceito genérico em matéria de responsabilidade extracontratual, propondo para isso uma terceira via de responsabilidade civil²⁴.

Ora, não só não nos parece correto que os deveres de proteção não possam integrar o conteúdo contratual, como nos parece despiciendo criar uma nova categoria conceptual, quando a dogmática tradicional nos fornece modelos de solução justos e materialmente adequados às situações em análise²⁵.

Como salienta Carneiro da Frada, o problema da recondução dos deveres de proteção ao conteúdo contratual

²³ Nas suas palavras, "estes deveres não são simplesmente delituais", já que exprimem "uma solidariedade ou cooperação particulares", estando ao serviço da relação entre arrendatário e senhorio – cf. CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres ditos acessórios e o arrendamento", 284.

²⁴ CARNEIRO DA FRADA, *Contrato*, 80 s. Cf., ainda, *Uma terceira via da responsabilidade civil?*, Almedina, Coimbra, 1997, 85 e *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Lisboa-Porto, 2003, 111, n. 220.

²⁵ Isto não quer dizer que a terceira via de responsabilidade civil não seja importante para enquadrar outras hipóteses de ressarcimento. No artigo que agora se publica apenas analisamos a sua pertinência do ponto de vista da violação positiva do contrato.

passa pelo modo como se compreende o problema da integração das lacunas negociais. O que nós questionamos é se hoje faz verdadeiramente sentido equacionar o problema da forma como Carneiro da Frada o pondera. Mais concretamente, a nossa questão implica saber se verdadeiramente se deve ou não distinguir a interpretação da integração de lacunas negociais, sendo certo que a mesma questão tem sido colocada a propósito da interpretação/integração da lei.

Sempre que somos confrontados com um contrato coloca-se o problema da sua interpretação.

Definindo-se comumente como o facto jurídico voluntário integrado por duas ou mais declarações de vontade de sentido oposto, mas convergente, que se ajustam na pretensão comum de produzir um determinado resultado prático que as partes querem ver sancionado pelo direito, o contrato resulta da conciliação de duas vontades, sendo um instrumento privilegiado de manifestação da autonomia dos sujeitos atuantes no tráfico negocial²⁶. Pelo mecanismo contratual, cria-se uma normatividade jurídica particular que se manifesta na vida social. Como nos diz Castanheira Neves, "o negócio jurídico põe-nos mediante uma juridicidade concreta e concretamente constituída"²⁷. Pelo

²⁶ Sobre o conceito de contrato, ver, *inter alia*, MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 387 s.; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, I, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, 211 s.; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra, 1992, nº65.

Cf., ainda, CASTRO Y BRAVO, "El negocio jurídico", *Tratado Pratico y Critico de Derecho Civil*, Madrid, 1967, CASELLA, "Negozio giuridico (integrazione del)", *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Milão, 1978, p. 16 e ss., GHESTIN, "Formation du contrat", *Traité de Droit Civil*, dir. Jacques Ghestin, Paris, 1993

²⁷ CASTANHEIRA NEVES, *Questão de Facto e Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. A Crise, Almedina, Coimbra, 1967, 328 s.

que, da mesma forma que urge interpretar as normas legais e os outros critérios que o sistema nos disponibiliza para a concreta realização do direito, importa determinar o sentido das declarações de vontade dos contraentes quando celebram um negócio jurídico, dado que são elas que nos vão oferecer a concreta disciplina jurídica aplicável, na medida em que se considera o conteúdo do acordo das partes o primeiro nível regulativo do contrato. Como qualquer comportamento comunicativo, as declarações de vontade das partes, com base nas quais elas manifestam a sua vontade tendente à produção de efeitos jurídicos²⁸, têm de ser interpretadas, não sendo aceitável o brocardo "*in claris non fit interpretatio*"²⁹. Na verdade, não só não existe nenhum critério certo que nos permita determinar quando é que a vontade expressa no contrato é clara, como a própria clareza da declaração deve já ser vista como um resultado interpretativo, mesmo que não se tenha essa consciência. Ademais, a própria qualificação de um comportamento como declaração negocial tendente à celebração de um negócio jurídico implica a interpretação do mesmo. Se a interpretação das declarações negociais é imprescindível, pelos motivos apontados, apenas em determinadas situações haverá que se

²⁸ Sobre o conceito de declaração de vontade, enquanto o "comportamento que, exteriormente observado, cria a aparência de um certo conteúdo de vontade negocial, caracterizando-se esta como a intenção de realizar certos efeitos práticos, com o ânimo de que sejam juridicamente tutelados e vinculantes", veja-se, por todos, MOTA PINTO, *Teoria Geral*, 416 s.

²⁹ Neste sentido, FRANCESCO MESSINEO, "Contratto. L'integrazione e l'interpretazione del contratto. Efficacia, esecuzione ed effetti del contratto", *Enciclopedia del Diritto*, Vol. IX, 946 e 947. Em sentido contrário, afirmando que "se uma declaração é unívoca não há razão para recorrer a uma interpretação, mesmo que ela não pareça razoável ou não faça sentido para uma pessoa sensata", HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992, 507 s.

recorrer à integração das lacunas contratuais. Ou seja, entende-se tradicionalmente que só é lícito lançar mãos dos processos integrativos disponibilizados pelo artigo 239º Código Civil³⁰ naquelas situações em que existisse uma lacuna. Isto é, naquelas situações que um aspeto da disciplina contratual não foi contemplado pelas partes, sendo necessário encontrar uma solução para ele, uma vez que sem esse ponto não poderão ser executadas as restantes previsões daquelas. Esta será, aliás, uma situação frequente na prática negocial. Como nos diz Manuel de Andrade, “as partes procuram pensar sobretudo em termos económicos, ou mais genericamente, em termos práticos. Com o que se preocupam é com o definir e precisar os resultados económicos em vista. Muitas vezes, descaram totalmente a estruturação da correlativa disciplina jurídica (...). Pretendem que os seus objetivos sejam juridicamente tutelados, mas não cuidam de fixar a regulamentação adequada”³¹. Dogmaticamente distinguia-se (e continua a distinguir-se) a interpretação da integração do contrato com base nesta ideia. Opera a primeira até ao ponto em que existe uma previsão expressa das partes, cujo sentido exato é necessário determinar;

³⁰ Nos termos do artigo 236º Código Civil, “na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta”.

³¹ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral*, 321. No mesmo sentido, VON TUHR (*Tratado de las obligaciones*, I, § 6, VI, tradução de ROCES, *apud* MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral*, 321), ao afirmar que “na maioria dos casos o contrato limita-se a assinalar a finalidade e elementos mais importantes da prestação, sem se deter a especificar todos os deveres que pesarão sobre o devedor. É o que sucede principalmente com os contratos que criam entre as partes uma relação continuativa, nos quais o desenvolvimento ulterior das circunstâncias pode originar situações imprevistas e até verdadeiramente imprevisíveis”.



estaremos perante uma situação de integração quando não exista essa previsão expressa³². Tal distinção baseia-se no entendimento da interpretação do negócio como um problema hermenêutico e não normativo. Ora, temos boas razões para defender o contrário. Como referimos anteriormente, o contrato cria uma normatividade jurídica particular que se manifesta na vida social, pelo que o problema da interpretação parece extravasar a questão que é decidida ao nível do artigo 236º Código Civil, nos termos do qual “a declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele”. Se para considerarmos celebrado um contrato é necessário que existam duas declarações negociais, e se estas, na sua analítica, são compostas por dois elementos – vontade e declaração –, temos de decidir previamente se, na determinação do seu sentido decisivo, devemos privilegiar a vontade real das

³² MANUEL DE ANDRADE (*Teoria Geral*, 321 e 332) estabelece, a este propósito, a diferença entre as situações de *minus cogitatum* e as situações de *minus dictum*. As primeiras traduzem um caso omissivo, que deve ser solucionado por via da integração; já as segundas pertencem ao domínio da interpretação, devendo ser supridas por via da interpretação extensiva. Não se trata de um ponto que as partes não previram, mas de uma falha na forma como as partes comunicaram a sua vontade.

Veremos, no desenvolvimento subsequente da nossa exposição, algumas das críticas que podemos dirigir a este entendimento. De qualquer forma, podemos desde já adiantar que ele tem subjacente a si uma perspectiva hermenêutica do problema da interpretação, com a qual não estamos de acordo.

Esta perspectiva hermenêutica, ainda arreigada ao pensamento jurídico positivista, mesmo no que concerne ao problema da interpretação da lei, está hoje em vias de ser superada pelas mais recentes posições metodológicas sobre a matéria.

Para mais desenvolvimentos, cf. CASTANHEIRA NEVES, “Interpretação jurídica”, 337 s e *O actual problema metodológico*, 45 a 78.

partes ou o sentido exteriorizado através da própria declaração. O que o citado artigo 236º Código Civil faz é tomar posição nesta querela que tem oposto as doutrinas subjetivistas às doutrinas objetivistas³³. No entanto, o problema da interpreta-

³³ Para as doutrinas subjetivistas, o que importa é procurar a vontade real do declarante. Já para as doutrinas objetivistas, o que importa é determinar o sentido objetivamente incorporado pela declaração negocial, facto que leva MOTA PINTO (*Teoria Geral*, 446) a afirmar que esta se trata de uma interpretação normativa e não psicológica. Na medida em que o nosso Código Civil consagra uma das doutrinas objetivistas, este dado terá a maior relevância para sustentar a nossa posição.

Mais se refira que de entre todas as posições objetivistas, o artigo 236º Código Civil consagra a chamada teoria da impressão do destinatário, salvaguardando-se as legítimas expectativas do destinatário da declaração emitida. O sentido que o declaratário normal daria à declaração só deve, porém, valer quando ele seja imputável ao declarante, ou seja, quando este pudesse razoavelmente contar com ele. De acordo com Ferrer Correia – *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, Coimbra, 1939, 200 – “o declarante responde pelo sentido que a outra parte quer atribuir à declaração, enquanto ele próprio devia considerar acessível à compreensão dela”. Conforme nos ensina Mota Pinto (*Teoria Geral*, 448, nota 1), esta limitação subjetiva da doutrina objetivista tem um alcance muito escasso, na medida em que “o significado que o recetor da declaração atribui a esta, procedendo com a diligência adequada, é praticamente sempre imputável ao declarante, se este tinha a consciência de estar a emitir uma declaração negocial. Na verdade, ele tinha, nesse caso, o ónus indeclinável de se exprimir de uma forma compreensível para outrem. Se se exprimiu de tal modo que a outra parte compreendeu algo diverso do pretendido, o declarante tem de suportar esse risco, pois não cumpriu esse ónus”.

Não havendo qualquer coincidência entre o sentido objetivamente incorporado na declaração negocial e um dos sentidos que ainda se possam imputar ao declarante, o negócio deve ser considerado nulo (cf. MOTA PINTO, *Teoria Geral*, 449 – entende o autor que esta é a melhor solução, especialmente se confrontada com a que desse relevância ao sentido subjetivo ou com aquela outra que aplicasse analogicamente o artigo 237º Código Civil).

Note-se, ainda, que quando o declaratário conheça a vontade real do declarante, mesmo que ela não coincida com o sentido objetivo, é de acordo com ela que deve valer a declaração negocial, nos termos do nº2 do artigo 236º Código Civil, até porque ela coincide com a impressão real do destinatário concreto.

Em caso de dúvida, e nos termos do artigo 237º Código Civil, deve prevalecer, nos negócios gratuitos, o sentido menos gravoso para o disponente e, nos

ção é muito mais complexo e amplo que a simples determinação do sentido com que deve valer a declaração negocial. De facto, nunca conseguiremos compreender sequer a própria relevância jurídica das declarações das partes se não as referirmos ao sistema jurídico já constituído e às exigências constitutivas do sistema a constituir, na medida em que este, tal-qualmente o concebemos hoje, é um sistema aberto, que se reconstitui constantemente pela mediação do caso concreto. Estamos longe de entender, como o faziam os positivistas, que o contrato é um mero facto social constituído à margem do direito. Com efeito, para o positivismo, o negócio era apenas um *Tatbestand* factual em que participava a vontade dos seus autores com uma certa intenção e merecedora de um relevo jurídico específico. Hoje entendemos que o contrato constitui, por si só, uma normatividade concreta que dialoga abertamente com o sistema da normatividade em que se insere e com o qual terá de se conformar³⁴. Se assim é, interpretar é muito mais do que averiguar o efetivamente querido, a intenção psicológica e real ou autor ou autores da vontade comunicada. Interpretar será, então, determinar uma vontade normativa. Será interpretar um corpo normativo particular na articulação com o quadro normativo geral em que ele se insere³⁵. O contrato não pode ser concebido à margem do próprio sistema de juridicidade. A contratação não se processa num espaço vazio de normatividade. Pelo contrário, esta será sempre um pressuposto da negociação das partes e da celebração do contrato, impregnando negócios onerosos, o que conduzir a um maior equilíbrio das prestações.

³⁴ Para mais desenvolvimentos, ver CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto*, 335 e 336 e 331, n. 4.

³⁵ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto*, 340

do-o com os seus valores, princípios e critérios. Ao interpretarmos as declarações negociais que integram o contrato, temos de referi-las ao sistema e aos e aos seus princípios da boa-fé, justiça, segurança, equilíbrio de interesses, confiança, responsabilidade, bem como à própria ideia do direito enquanto direito. "Do que se trata não é de obter a solução cognitiva e teórica mais verdadeira, mais exata e mais rigorosa, mas encontrar a solução juridicamente mais justa daquele conflito de interesses manifestado na pluralidade de sentidos possíveis"³⁶. A referência ao sistema é imprescindível. Só ela nos permite relevar as especificidades jurídicas das declarações de vontade das partes; só ela nos permite concluir da eventual violação das normas imperativas prescritas pelo legislador; só ela nos permite aferir se as disposições das partes contrariam ou não os ditames da boa-fé. O problema da interpretação do contrato é, portanto, muito mais um problema normativo que um problema hermenêutico³⁷. O próprio posicionamento do nosso legislador, na querela entre as doutrinas subjetivistas e objetivistas, deixa antever isso mesmo. De facto, como adiantámos atrás, de acordo com o artigo 236º Código Civil, não se procura determinar a vontade real do declarante, mas o sentido que o declaratário normal daria àquela declaração, pelo que, em primeira linha, se procura tutelar a confiança daquele. Donde se conclui que o nosso legislador, quando se pronunciou sobre o modo como

³⁶ CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto*, 341.

³⁷ No mesmo sentido, embora afirmando igualmente que o sentido que se atribui à declaração não é meramente normativo, mas também casuístico, veja-se MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "Apontamento sobre a decisão de um *non liquet* na interpretação dos negócios jurídicos", *Revista O Direito*, 122º ano, II, Abril-Junho de 1990, 281 e 282.

devemos determinar o sentido relevante de cada declaração negocial, não foi indiferente aos princípios vetores que informam o nosso ordenamento e com os quais o contrato deve conformar-se. Mais do que indagar o efetivamente querido, importa discernir o objetivamente comunicado³⁸. Se a interpretação do negócio jurídico só pode ser feita por referência ao quadro normativo em que ele se inscreve e se ela é sempre e necessariamente orientada pelos supra referidos princípios, teremos de concluir que a atividade interpretativa não se distingue verdadeiramente da atividade integrativa. Basta olhar para os critérios para que somos remetidos pelo artigo 239º Código Civil no caso de integração de lacunas para nos apercebermos disso mesmo. Recordando o que consagra o dito preceito, vemos que “na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa-fé, quando outra não seja a solução por eles imposta”. Tentemos compreender o disposto na norma em questão. Concluindo, através de um processo interpretativo, que existe uma lacuna no contrato, teremos antes de mais que recorrer às normas dispositivas que o legislador fixou como contendo a solução materialmente mais equilibrada e mais justa para o eventual conflito que possa surgir³⁹. Caso

³⁸ Sobre as teorias subjetivistas e objetivistas, Castanheira Neves afirma que “o que está verdadeiramente em discussão é a validade do negócio quando está em causa uma divergência entre a declaração e a vontade. Para as primeiras (teorias da vontade), o negócio será insubsistente, não será verdadeiramente negócio jurídico; enquanto que para a teoria da declaração, aquela divergência só poderia ser relevante em matéria de erro” – *Questão de facto*, 341, n. 32. Em sentido idêntico, MOTA PINTO, *Teoria Geral*, 444, n. 1.

³⁹ Estas normas dispositivas constituirão, a par das normas imperativas que

elas não existam ou a elas não possamos recorrer, a lacuna de

não podem ser derogadas pela vontade das partes, o segundo nível regulativo do contrato. Note-se que nem sempre elas existirão. A sua ausência é sobretudo notada quando em causa está um contrato atípico, ou seja, um contrato não previsto e disciplinado pelo legislador, mas que as partes podem celebrar, ao abrigo da sua liberdade contratual, na modalidade de liberdade de conformação do conteúdo do contrato, nos termos do artigo 406º Código Civil.

Saliente-se, porém, que mesmo nos casos de contratos atípicos o jurista pode, na resolução do problema por ele suscitado, mobilizar e "aplicar por analogia" as normas próprias de um outro tipo contratual, desde que conclua pela existência de uma intencionalidade problemática análoga entre os dois.

Adiantamos, ainda, que não obsta à aplicação analógica de tais normas dispositivas o facto de elas poderem vir a ser consideradas normas excepcionais, contra o que dispõe o artigo 11º Código Civil. Não só se mostra metodologicamente impossível afastar a analogia do processo de realização do direito pela resolução dos casos concretos, como a recusa de aplicação analógica de tais normas poderia violar gravemente o mais básico sentimento de justiça, pela preferência do princípio da igualdade. Nesse sentido, e com amplo desenvolvimento, veja-se CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, 272 s. Refira-se, ainda, que não é o facto de serem normas dispositivas que lhes confere o carácter de excecionalidade, como nos adverte MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral*, 323, nota 2. Aí, o autor foca, também, o problema da aplicação analógica de normas excepcionais e admite a sua possibilidade, embora sustente a sua posição em termos metodologicamente diversos dos de Castanheira Neves. Na verdade, o civilista parece ainda estar preso à orientação tradicional que considera a norma na sua abstracção, defendendo uma interpretação restritiva da norma geral, ao dizer que o legislador não previu todos os casos para os quais se torna urgente aquela extensão. Ora, o grande contributo metodológico de Castanheira Neves reside exatamente na explicitação de que toda a interpretação do direito é já analogia, na medida em que a norma legal só possa ser interpretada no confronto e comparação com o caso concreto *decidendum* que a mobiliza, não fazendo sequer qualquer sentido falar-se de interpretação restritiva, até porque que ela implica uma contemplação autista da norma na sua autossubsistência, composta pelas suas grandezas, letra e espírito.

Saliente-se, por fim, que, em determinadas situações, as normas dispositivas existem e, não obstante, não podemos recorrer a elas, na medida em que a sua aplicação poderia constituir uma situação de abuso de direito. Quem nos alerta para tal é MOTA PINTO, *Teoria Geral*, 460 e 461, ao afirmar que "as próprias normas supletivas poderão, em casos excepcionais, não se aplicar, por contrariarem o comando da boa-fé, solução que, em face do atual Código, encontrará fundamento na cláusula geral do artigo 334º. Na doutrina alemã exemplifica-se com a venda de coisas usadas: o vendedor poderá, em certos casos, ser isento



regulamentação será integrada por recurso à vontade hipotética das partes. Do que se trata, quando nos referimos à vontade hipotética das partes a propósito da integração do negócio jurídico, é da vontade que as partes teriam presumivelmente tido se houvessem previsto o ponto omissis. Mas o julgador deve-se afastar dessa vontade se contender com as exigências da boa-fé. Na forma impressiva de Rui Alarcão⁴⁰, o que se procura determinar “não é aquilo que as partes teriam querido mas aquilo que as partes devem querer agora”. Ou como refere Menezes Cordeiro⁴¹, “não se trata de indagar a vontade naturalística através de quaisquer meios psicológicos, até porque a teoria naturalística deparar-se-ia com obstáculos intransponíveis”. Basta pensar que as partes no momento da celebração do negócio podem nem sequer ter tido vontade quanto ao ponto. Nem se trata, continuando a acompanhar o ensinamento do insigne civilista, de perscrutar uma vontade hipotética individual, ou seja, a vontade das partes se tivessem previsto o ponto. Com efeito, o artigo 239º Código Civil remete-nos para a considera-

de responder por vícios da coisa, de acordo com as representações valorativas, expressas no contrato, em conformidade com a boa fé (...). A doutrina nacional, contudo, ensina que as disposições supletivas não deixam de se aplicar, mesmo quando se patenteie que as partes, se tivessem pensado no ponto respetivo, provavelmente as teriam excluído. Tal solução é de aplaudir, em princípio, pois, não raramente, tem-se em vista, com as normas dispositivas, aproveitar o silêncio das partes para estatuir o regime mais conforme aos interesses gerais da sociedade (...). É, porém, perfeitamente possível que, nalguns casos, o contraste entre o preceito legal supletivo e a vontade hipotética das partes atinja os extremos que justificam a aplicação do artigo 334º – abuso de direito que se quer exercer, mediante a invocação da norma supletiva contrária à vontade hipotética das partes”. Cf., à frente, o que for dito acerca do abuso do direito.

⁴⁰ RUI ALARCÃO, “Interpretação e integração dos negócios jurídicos – Anteprojecto para o novo Código Civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº84, 340 e 341

⁴¹ MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé*, 1070, n. 653.

ção da boa-fé. E ao fazê-lo não nos está a dizer que a solução a que chegamos pela consideração da vontade hipotética das partes deve ser limitada pela consideração da daquela. Está antes a dizer que ela só é admissível se não contrariar os ditames da boa-fé. Ou seja, a vontade conjectural das partes só pode operar quando a solução por ela emanada seja idêntica à solução a que chegamos pela consideração da segunda. Por isso, diz-nos Menezes Cordeiro que “há um recurso a dois critérios com prioridade absoluta do segundo. A boa-fé nunca pode ser visto como um critério supletivo”⁴². Não queremos com isto retirar o devido valor à vontade das partes. Ela é imprescindível, até porque a boa-fé, enquanto conceito indeterminado que é, só se pode concretizar por referência ao caso concreto, ou melhor, por referência ao quadro normativo que foi traçado pelas partes, ao abrigo da sua liberdade contratual. Recorrendo mais uma vez ao pensamento de Menezes Cordeiro, podemos dizer que “a vontade das partes nunca é um facto apagado, mas um instrumento de trabalho, sem o qual a boa-fé se torna impraticável”⁴³. Será sempre a concreta modelação contratual definida pelas partes que funciona como o horizonte de trabalho do jurista, o círculo de atuação deste. Dito de outra forma, o conteúdo contratual, que poderemos reconduzir à vontade das partes, constitui o ponto de partida e a perspetiva com base na qual tudo deve ser analisado⁴⁴. Com o que acabámos

⁴² MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé*, 1070, n. 653

⁴³ MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé*, 1070, n. 653. Note-se, porém, que para Menezes Cordeiro estamos assim a fugir ao plano da autonomia privada.

⁴⁴ MOTA PINTO (*Teoria geral*, 459) refere que o Código Civil “considera que a integração deve ser determinada para cada negócio e não, genericamente, para os vários tipos de negócios, como acontecia se mandasse colmatar as la-

de dizer perde nitidez a distinção entre interpretação e integração de lacunas contratuais. Tradicionalmente estaríamos no âmbito da interpretação quando nos ocupássemos de determinar o sentido das declarações de vontade das partes; passaríamos a estar diante de um problema de integração quando urgissem colmatar uma lacuna de regulamentação, ou seja, quando fosse necessário preencher um ponto omissivo no contrato, sem o qual não se poderia dar execução às restantes disposições daquele. Vimos, porém, que a interpretação vai muito além da simples determinação de uma vontade psicológica dos declarantes. No processo interpretativo temos de referir o contrato no seu todo ao sistema globalmente considerado, de que ele faz parte, para verificarmos se viola ou não regras imperativas, se viola ou não os ditames da boa-fé, que devem orientar os contraentes em toda a vida negocial. A interpretação traduz a compreensão da concreta juridicidade que foi criada pelas partes, pelo que será legítimo falarmos de interpretação até onde a intencionalidade do conteúdo contratual em análise o permitir. Verdadeiramente não existe uma diferença entre interpretação e integração, mas um *continuum* entre elas, dado que quando tradicionalmente se falava em integração o que se estava a fazer era a desenvolver os parâmetros estabelecidos pelo contrato, ou seja, a ir até onde a intencionalidade prática comunicada pelas partes nos permitia ir⁴⁵. Vistas as coisas

cunas negociais pelo recurso aos usos, consagrando-se, assim, uma solução plenamente de acordo com a ideia de que o negócio jurídico é, em princípio, *lex privata* das partes", embora reconheça que o juiz, "na atividade de reconstituição da vontade conjetural das partes, será muitas vezes remetido para as cláusulas usuais não desconformes com as restantes estipulações negociais".

⁴⁵ CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema*, 334

numa perspetiva mais prática teremos de continuar a concluir pelas dificuldades de distinção entre as duas realidades. A primeira pressuporá sempre a interpretação, porque a própria lacuna resulta da consideração do clausulado e do sistema normativo geral em que se inscreve aquele contrato. Por outro lado, a interpretação implica a integração. Quando nós interpretamos, isto é, quando procuramos uma vontade que objetivamente se manifesta através das declarações negociais, estamos já a considerar o contrato à luz dos ditames da boa-fé. Pelo que poderemos ter de lançar mão de uma interpretação corretora, aquela de que falava Larenz. Uma interpretação em que se deve, com base no sentido do contrato concreto e do seu escopo, e tendo em conta os princípios conformadores de toda a ordem jurídica, proceder não a uma clarificação, mas a uma correção. E essa interpretação corretora pode tanto implicar uma redução do âmbito do contrato como uma complementação do mesmo. Donde se conclui, afinal, não ser esta se não a mesma realidade que a integração. Se ela implicar uma ampliação do âmbito literal do clausulado, estamos a fazer operar o sistema normativo estabelecido pelas partes lá onde já não existe a expressa previsão destas; se ela implicar uma redução, teremos depois de lançar mão dos processos integrativos tradicionalmente postos ao nosso dispor⁴⁶. Não poderemos, igual-

⁴⁶ MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé*, 1067, diz-nos que em "nome do escopo propugnado podia-se reduzir o teor contratual, apurando uma lacuna oculta, correspondente à redução teleológica, de que se fala a propósito da interpretação da lei. Apresentada a lacuna, recorrer-se-ia à interpretação contratual complementadora." Acrescenta, ainda, que "a menção à vontade das partes remete-nos para a vontade hipotética objetiva, isto é, uma ponderação objetiva das situações existentes, tendo em conta as declarações de base que as fundamentaram, pelo que o artigo 239º vem desembocar numa interpretação complementadora".

mente, deixar de ter em conta que a interpretação e integração do negócio devem ser vistos como um verdadeiro problema da realização do direito⁴⁷ e que as lacunas do contrato devem ser identificadas com o que tradicionalmente se designava por lacuna do sistema. De facto, os critérios facultados pelo artigo 239º Código Civil só são atendíveis se o sistema a que referimos o todo contratual não nos facultar uma norma dispositiva que permita encontrar a solução para o conflito de interesses entre as partes. Hodiernamente, porém, as mais recentes correntes metodológicas recusam a ideia de lacuna do sistema na medida em que este deve ser entendido como um sistema aberto. De facto, se assim é, não faz sentido falar de uma falha deste, de um caso que ele deveria abarcar e não abrange, exatamente porque o sistema se vai reconstituindo à medida que se resolvem os casos concretos, quer por mediação dos critérios predispostos por aquele para orientação do decidente, quer sem essa mediação⁴⁸. Por outro lado, sabemos hoje que a interpretação de uma norma só é possível por referência ao caso que a mobiliza. Tradicionalmente, a interpretação era feita em abstrato pela consideração do jogo abstrato entre a letra e o espírito da norma. Entendia-se que a letra definia um círculo de sentidos possíveis para a norma, recorrendo-se depois aos elementos conformadores do espírito para decidir, entre aqueles sentidos, e sem nunca os ultrapassar, qual se adequava melhor à vontade do legislador histórico ou ao sentido que objetivamente tivesse sido incorporado pela letra da lei. No fundo, a le-

⁴⁷ Nesse sentido veja-se CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto*, 345.

⁴⁸ Sobre a dicotomia entre realização do direito por mediação da norma e sem mediação da norma, veja-se, por todos, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, 351 s.

tra comunicava um sentido pré-jurídico, na medida em que se pressuponha que as palavras teriam sempre o mesmo significado independentemente do contexto e que as expressões comuns, quando utilizadas em enunciados normativos, permaneceriam inalteradas, ao qual acresceria depois um sentido jurídico. Porque os pressupostos de que partia a teoria positivista da interpretação eram inaceitáveis, ela acaba por perecer, salientando-se hoje que não é possível interpretar uma norma sem a sua referência ao caso concreto, no seu confronto problemático, pelo que toda a interpretação é afinal analogia⁴⁹. Estas considerações levam-nos a avançar a ideia de uma dialética que se estabelece entre o contrato que se quer interpretar e o sistema enquanto horizonte de emergência desse mesmo contrato. Na verdade, o contrato só pode ser compreendido e interpretado por referência ao sistema e este, na sua autossustentância, nada nos transmite. Por outro lado, se a interpretação se faz por referência ao caso concreto, num pensamento de cariz analógico, isso significa que ela só estará verdadeiramente concluída no momento que tradicionalmente se entendia como sendo a aplicação da norma, pelo que verdadeiramente não se distingue a interpretação da integração de lacunas⁵⁰. E aqui encontramos um outro argumento que permite sustentar a posição por nós avançada no que respeita ao problema da integração das lacunas contratuais. Na verdade, se concordamos que a interpretação da lei não se distingue da sua integração, se entendemos que a integração do contrato só faz sentido quando existe uma lacuna no sistema, e se entendemos que

⁴⁹ CASTANHEIRA NEVES, "Interpretação jurídica", 337 s.

⁵⁰ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica*, 144 s.



aquele só se pode interpretar por referência ao segundo não se distinguindo verdadeiramente do problema da interpretação da norma, o que nós estamos a fazer quando integramos o contrato é realizar o direito por mediação de um caso concreto numa daquelas situações em que não existe uma norma pré-disponibilizada pelo sistema para orientar a solução da questão *sub iudice*. Logo, o que verdadeiramente está em causa é um problema normativo de interpretação⁵¹. Olhemos para o nosso problema na ótica de um jurista decidente, que, perante uma situação concreta suscitada por um contrato, tem de encontrar para ela uma solução. O problema da integração das lacunas do contrato surge quando um juiz tem à sua frente um contrato que levanta um problema entre as partes, problema esse que não foi previsto por aquelas ou que, tendo sido, contraria normas imperativas ou os princípios do sistema jurídico. O que deve, nesse caso, fazer o juiz? Procurar uma norma dispositiva própria daquele tipo contratual, de um outro tipo contratual que se possa aplicar por analogia, ou uma norma do regime geral dos contratos, ou mais genericamente dos negócios

⁵¹ Mostrando uma posição antagónica à que explanamos em texto, cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1992, 235 e ss. O autor considera que o contrato é um ato performativo, ou seja, um ato de linguagem que tem efeitos conformes ao seu significado. O fundamento da eficácia do negócio jurídico encontrar-se-ia exatamente neste pressuposto. O negócio vincula porque é um ato de linguagem, pelo que os seus efeitos jurídicos são gerados em conformidade com o significado do texto.

Para uma apreciação crítica da teoria da performatividade, cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança*, 71, n. 51. Também Oliveira Ascensão se mostra particularmente crítico relativamente a esta teoria – *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Lisboa, 1991/1992, 100.

Abstemo-nos de quaisquer críticas na exata medida em que elas decorrem da globalidade da nossa exposição, sobretudo no que tange à impossibilidade de se compreender uma norma ou um ato jurídico enquanto ato de linguagem.

jurídicos em geral. Se de todo essa norma não existir, deve, então, indagar qual a vontade conjetural das partes. No fundo, o que é que o juiz está a fazer? A realizar o direito por referência ao caso concreto. Perante este, ele mobiliza uma norma e interpreta-a de acordo com as especificidades daquele. Só que as suas peculiaridades só podem ser compreendidas se o remetermos ao sistema no horizonte do qual ele surge. O que quer dizer que para interpretarmos o contrato teremos de o referir necessariamente ao sistema. Donde confirmamos a posição por nós sustentada anteriormente, ao afirmarmos que o problema da interpretação do contrato extravasa o problema solucionado ao nível do artigo 236º Código Civil. E se nessa atividade interpretativa o juiz chegar à conclusão de que existe uma lacuna na disciplina instituída pelas partes e que ela não pode ser preenchida com o recurso a uma norma dispositiva, então o que passa a estar em causa é a realização do direito sem a mediação de uma norma, que não difere verdadeiramente daquele nível de realização do direito que estivemos a analisar até agora. Já não se mobiliza diretamente uma norma legal, mas mobiliza-se todo o sistema no mesmo pensamento de cariz análogo que caracteriza a matriz da racionalidade especificamente jurídica⁵². Aceite a ideia segundo a qual não faz sentido distinguir a interpretação da integração do contrato deixamos de estar presos às estritas fronteiras em que o problema era co-

⁵² Sobre o problema ao nível da realização do direito, veja-se, para maiores desenvolvimentos que aqui não são possíveis, Castanheira Neves, obras citadas, e PINTO BRONZE, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença – reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, 3, Coimbra Editora, Coimbra, 1994.

locado anteriormente⁵³. Afirmava-se tradicionalmente que só poderia operar a integração naqueles casos em que existisse uma lacuna na regulamentação contratual e fosse necessário recorrer a ela para dar execução ao restante conteúdo das declarações das partes, embora Rui de Alarcão⁵⁴, no anteprojeto do Código Civil, tenha entendido preferível deixar em aberto a questão de saber se para além destas situações é possível ter lugar a atividade integrativa. Afirmo o autor que cabe “ao intérprete decidir se, mesmo fora dele, deverá ter lugar”⁵⁵. Entendemos hoje que não estamos presos à prévia identificação de uma lacuna contratual. Claro que a integração terá limites, os limites que nos são impostos pela concreta regulamentação contratual, até porque é ela o ponto de partida e a perspectiva que irá orientar a nossa atuação. Seguindo um exemplo dado por Mota Pinto⁵⁶, “se A vende a B 1000 toneladas de açúcar por um certo preço unitário, não pode agora pretender-se a entre-

⁵³ Afirmando, também, a superação da dicotomia entre a interpretação e a integração, cf. LARENZ, “Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht”, NJW, 1963, 737-741.

⁵⁴ RUI DE ALARCÃO, “Interpretação”, 339

⁵⁵ MANUEL DE ANDRADE (*Teoria Geral*, 326) afirma que “a integração pode portanto ter lugar (...) adentro dum negócio jurídico validamente concluído e para o efeito de se estatuir de modo adequado sobre qualquer detalhe de regulamentação acerca do qual as partes não proveram. E como tal deve qualificar-se também o caso de as partes terem provido, mas em termos insanavelmente ambíguos ou contraditórios. Trata-se, portanto, de preencher lacunas contratuais do tipo daquelas que na teoria da integração das leis se chamam lacunas de colisão e lacunas de insuficiente regulamentação. Mas se o negócio é nulo, parcial ou totalmente, pode também integrar-se a respetiva declaração em ordem a dar-se validade àquilo que as partes teriam estipulado para tal emergência, se a tivessem previsto? Trata-se aqui do problema da redução e da conversão dos negócios jurídicos. A seu tempo se verá que ainda neste campo pode ter lugar a integração.”

⁵⁶ MOTA PINTO, *Teoria Geral*, 462, nota 1.

ga de 1500 ao mesmo preço por unidade, mesmo que se prove que no momento do contrato, A teria vendido e B teria comprado mais essas 500, se o ponto tem sido tratado". Mas, o facto de concordarmos inteiramente com este exemplo não nos faz recuar até à posição diametralmente oposta daquela que estamos a querer defender. De facto, se afirmámos que a integração não se distingue verdadeiramente da interpretação, isso significa que em cada um destes casos estamos a desenvolver as potencialidades inerentes às declarações das partes, à luz do sistema, até onde a sua intencionalidade o permitir. E se estamos legitimados a ir até aos limites dessa intencionalidade não faz sentido dizer que só podemos recorrer aos mecanismos integrativos naquelas situações em que é evidente a existência de uma lacuna.

Podemos avançar como critério que a atividade integrativa não pode conduzir a uma ampliação da prestação devida que foi acordada pelas partes. No entanto, não nos podemos esquecer que a relação obrigacional não deve ser vista como uma relação obrigacional simples, mas complexa⁵⁷. Isto quer dizer que, para além do dever principal de prestação, cujo âmbito não pode ser ampliado pela atividade integrativa, temos de ter em conta os chamados deveres acessórios e os deveres de proteção, o que nos mostra que, para além dos deveres que decorrem diretamente da vontade das partes, há determinados deveres que se reconduzem ao conteúdo contratual e que não resultam diretamente daquela vontade. Mais, estamos em crer que o único meio de reconduzir tais deveres àquele conteúdo é o processo integrativo, nos termos

⁵⁷ Cf. o que ficou dito *supra*.

em que nós o tentámos explicar. E nem por isso, somos forçados a abandonar o campo do que é a autonomia privada. De facto, podem tais deveres não decorrer diretamente da vontade das partes, mas não podem deixar de decorrer da vontade de dois contraentes que se querem e presumem honestos e razoáveis⁵⁸. Tudo isto a querer dizer que, afinal, os deveres de proteção se podem incluir no âmbito negocial, gerando-se responsabilidade contratual com a sua preterição⁵⁹. Ou

⁵⁸ Cf. CANARIS, "Grundrechte und Privatrecht", *Archiv für die civilistische Praxis*, 1984, 201-246, 216, que entende que a interpretação complementar, pelo menos quando segue critérios generalizadores, implica o abandono do terreno da autonomia privada para o da heteronomia. Sobre a questão de saber se com a superação da dicotomia entre interpretação e integração caminhamos paulatinamente para o domínio da heteronomia, cf., ainda, LARENZ, *Lebruch des Schuldrecht*, Band I, Allgemeiner Teil, 14ª edição, München, 1987, 365-366. Entende o autor que o conteúdo da relação negocial só em parte se determina pela vontade das partes, sendo, no restante, completada pela ordem jurídica, pelo que abrange também os efeitos não negociais. Acaba, porém, por, aderindo a uma teoria da transformação, admitir que no caso de contratos inválidos, os deveres de proteção passariam a ter uma fundamentação legal, constituindo-se uma relação legal de proteção. Trata-se de uma posição diversa da de CANARIS, que defende uma relação unitária legal de proteção.

Cf. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato*, 75, onde colhemos importantes referências bibliográficas, bem como relevantes referências ao pensamento de diversos autores.

Cf., ainda, DE CUPIS, "Significat ed estensione dell'autonomia privata in una recente opera", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale dell'obbligazione*, Padova, 1967, 303 a 313; GUIDO ALPA, "Il negozio tra libertà ed norma a proposito di un libro recente", *Contratto e impresa*, Padova, 1987, 752-758. Entre nós, ver SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1992

⁵⁹ Cf. o que nos diz Menezes Cordeiro a este propósito. Entende o autor que "os deveres acessórios de proteção nada têm a ver com a regulação contratual e com a sua execução fiel pelas partes. Visam, na verdade, obstar a que, na ocasião do efetivar das prestações e dadas as possibilidades reais de agressão e ingerência provocadas por essa conjuntura, as partes se venham a infligir danos mútuos. A relação com o contrato, caso exista e seja ela qual for, não explica nem orienta esses deveres: eles radicam em níveis diversos da ordem jurídica, profundos, sem dúvida, mas alheios à autonomia privada", *Da boa fé*,

seja, e dito de uma forma mais incisiva, as situações geradoras

615 e 631, nota 355. E mais à frente pode ler-se "os deveres acessórios colocam-se numa situação de independência relativa face à obrigação" (p. 616). Note-se que Menezes Cordeiro, reconhecendo as limitações das cláusulas de responsabilidade delitual alemã, sustenta que não é possível remeter estes deveres de proteção e a sua sanção para o domínio extracontratual (p. 624). Porém, entende que eles radicam diretamente na boa-fé, autonomizando-se da relação obrigacional em si mesma. (cf., ainda, 630, n. 355).

É certo que o artigo 762º CC exige que os contraentes, no cumprimento da obrigação, procedam de acordo com a boa-fé. E poder-se-ia supor que os deveres de proteção de que aqui falamos apenas surgiriam no momento da execução contratual, por determinação expressa do conteúdo do dispositivo legal. No entanto, estamos em crer que essa não é a melhor posição. Em primeiro lugar, totalmente desligados do conteúdo contratual, os deveres de proteção não se distinguiriam de quaisquer deveres delituais que impõem o cuidado devido de molde a evitar a lesão da esfera jurídica alheia, quando, na verdade, a materialidade daqueles deveres suplanta em muito a dos simples deveres delituais, exatamente porque vinculam pessoas certas e determinadas entre as quais se firmou uma relação jurídica própria. Acresce que, a par de simples deveres de proteção da esfera jurídica alheia, integram a noção de deveres de proteção deveres de lealdade, que jamais seriam reconduzíveis àquela asserção. (cf. estas mesmas considerações em MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé*, 624). Por outro lado, a boa-fé de que aqui falamos, e de acordo com a qual reconduzimos ao conteúdo contratual uma série de deveres não expressamente firmados pelas partes, atua muito antes da execução contratual. Ela manifesta-se, desde logo, na simples formação do vínculo negocial. Por isso, é possível ao julgador sancionar as estipulações das partes quando consideradas abusivas. Em termos de direito positivo, essa possibilidade encontra-se expressamente prevista a propósito dos contratos de adesão (cf. artigos 15º e ss. DL nº446/85, de 15 de Outubro), nada obstante, porém, que o mesmo suceda relativamente aos contratos negociados. De facto, o fenómeno das cláusulas abusivas não é privativo do modelo de negociação baseado em cláusulas contratuais gerais, podendo verificar-se ao nível do esquema negocial previsto e disciplinado no Código Civil. Não nos referimos aos casos patológicos em que ocorre uma má formação da vontade de uma das partes, um vício da vontade, mas àquelas outras hipóteses em que o juiz é chamado a apreciar o carácter abusivo de uma disposição contratual. Não vamos ao ponto de defender que tem de haver um total equilíbrio de prestações aferido em termos objetivos. Entendemos, apenas, que em muitas situações pode ocorrer um abuso de estipulação que configure um abuso de direito, enquanto abuso de liberdade de estipulação contratual, que deve ser sancionado nos termos do artigo 334º CC. Neste sentido, aliás, depõe o próprio autor (*Da boa fé*, 660). No fundo, o que Menezes Cordeiro contesta é a remissão para o conteúdo contratual dos deveres de proteção, que



de danos por violação de deveres de conduta no seio de um contrato podem ainda ser integradas no âmbito da responsabilidade contratual, recusando-se em relação a elas uma terceira via de responsabilidade civil.

Fundamental é determinar qual é o perímetro do contrato⁶⁰, ou seja, haverá que responder à questão colocada por Mota Pinto, “quando se poderá entender que os danos, causados por uma das partes contratuais à outra, não resultam da lesão de deveres gerais, promanando antes da violação de especiais vínculos obrigatórios que se sobrepõem ao dever passivo universal de respeitar os direitos absolutos, pessoais e patrimoniais?”⁶¹, à qual o próprio oferece uma resposta: “devem ter-se por compreendidos no conteúdo da relação contratual os deveres de cuidado necessários para evitar os danos pessoais ou patrimoniais, suscetíveis de ser desencadeados (segundo uma relação de tipo idêntico à da doutrina da causalidade adequada) por qualquer das atividades que cada parte está obrigada a executar ou legitimada para realizar em

segundo o autor prosseguem fins estranhos à contratualidade. Ou seja, não é a ideia de interpretação do contrato à luz dos ditames da boa-fé que é posta em causa, mas a inserção por esta via dos deveres citados no conteúdo contratual.

Sobre o pensamento de Menezes Cordeiro e o apelo a uma ideia de paracontratualidade, cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II/III, 402. Veja-se, igualmente, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, 511 s.

Em sentido idêntico ao que nós defendemos, MOTA PINTO, *Teoria Geral*, 462, n. 2 e *Cessão*, 419 a 426.

Veja-se, ainda, o que defende CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança*, 437. Considera que a boa-fé tem não só uma função reguladora da execução contratual, mas também uma função fundamentadora de deveres jurídicos. Considera, porém, que esta função não interfere na liberdade de autodeterminação das partes, nem se lhes substitui na fixação do programa contratual.

⁶⁰ Cf. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, 407.

⁶¹ MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, 407.

vista desse fim (...)", ou seja "o comportamento danoso teve lugar na atuação ou execução do contrato, isto é, em íntima conexão com ela e não por ocasião dela"⁶².

Embora em termos gerais a ideia subjacente à formulação do autor seja de aceitar, importa, não obstante, tecer algumas considerações e fazer algumas precisões. Assim, em primeiro lugar, é óbvio que a assimilação de uma hipótese pelo âmbito de relevância da responsabilidade contratual fica dependente, mesmo nesta visão lata do instituto, da possibilidade de o dano poder ser reconduzido à economia contratual. Não nos parece, contudo, que se possa falar de íntima conexão entre a atuação do devedor e o dano que se desencadeou, por um lado, e, por outro lado, que se possa fazer apelo à doutrina da causalidade adequada (ou a algum crítico que dela se aproxime). No que a este último segmento respeita, há que ter em conta a imprestabilidade da teoria em termos gerais e, portanto, também a este nível. No que tange à ideia de conexão íntima entre a atuação do devedor e o dano, há que não esquecer que em causa pode estar também uma omissão.

Como resolver, então, o problema? Os deveres que procuramos reconduzir ao núcleo do contrato são impostos pela boa-fé, a qual, por sua vez, opera em concreto. Há que ter em conta, portanto, as circunstâncias de surgimento do dever de proteção. Os danos que se podem reconduzir ao âmbito contratual são aqueles que deveriam ser obliterados com o cumprimento do referido dever. Por outro lado, a fonte do dever tem de ser a boa-fé e não um dever genérico de respeito pelo outro, o que quer dizer que o surgimento do dever se deve justificar em

⁶² MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, 409.



nome da relação especial que existe entre as partes e estar ao serviço do interesse contratual⁶³.

4. O arrendamento como um contrato com eficácia de proteção para terceiros

Adequadamente compreendidos os dados postos em diálogo até ao momento, haveremos de concluir que alguns destes deveres podem não visar, unicamente, a proteção da pessoa e do património do credor, mas de um terceiro que se possa incluir no âmbito de proteção do contrato. É nesta senda que a doutrina, por direta inspiração alemã, vem falando dos chamados *contratos com eficácia de proteção para terceiros*⁶⁴.

No âmbito de proteção do contrato incluir-se-iam alguns terceiros, que não poderiam exigir a prestação do devedor, mas se poderiam tornar credores de uma pretensão in-

⁶³ Parece ser, portanto, um problema de interpretação complementadora que entra em cena. Cf. *supra* o ponto expositivo onde o referimos desenvolvidamente.

⁶⁴ MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé*, 617 s.; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 518 a 535; e MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, 419 a 426; LARENZ, "Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik", *Juristenzeitung*, 1962, 105 s.; CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres ditos acessórios e o arrendamento", 287.

Cf., igualmente, BANAKAS, *Tortious*, 86. Aí o autor relaciona a figura dos contratos com eficácia de proteção para terceiros com a doutrina do *trust of a promise*, originário na *equity*, considerando que são similares, embora o âmbito de aplicação desta última seja mais restrito, exigindo-se uma clara intenção de uma das partes de criar um benefício a favor de terceiro.

Mota Pinto oferece como exemplo de um contrato com eficácia de proteção para terceiros o contrato de arrendamento: haveria possibilidade de se ressarcir por via contratual o dano do terceiro que fosse abrangido pelo círculo de proteção do contrato (ex. lesão da pessoa ou dos bens de um familiar que habitasse no locado).

demnizatória contra ele⁶⁵. Se a solução tem óbvias vantagens, por poder ser menos oneroso para o lesado o recurso às regras contratuais, ela torna-se importantíssima a partir do momento em que a ela se recorre para tentar obter o ressarcimento em situações nas quais apenas se consegue discernir um dano puramente patrimonial. A jurisprudência alemã oferece-nos, nessa matéria, um acervo importantíssimo de soluções. Pense-se, por exemplo, no caso amplamente conhecido em terras germânicas que se pode contar em poucas palavras: A, pretendendo vender a sua, pediu a B, especialista na matéria, que fizesse uma avaliação do imóvel. Este, por negligência, não analisou o sótão que estava profundamente degradado, diminuindo com isso o valor da coisa. A vende o imóvel a C, pelo preço indicado por B. C, quando descobre o erro, sente-se lesado e pretende demandar B pelo prejuízo causado. Considerou-se, então, que o contrato celebrado entre A e B era um contrato com eficácia de proteção para terceiros, no âmbito do qual se incluiria aquele terceiro (C), pelo que este poderia demandar B de acordo com as regras da responsabilidade contratual⁶⁶.

A figura tem hoje inegável importância⁶⁷, sendo mobili-

⁶⁵ Cf. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, 422.

⁶⁶ Dando o exemplo dos auditores, cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 518.

Cf., porém, Acórdão do STJ de 14 de Outubro de 2004, onde se considera que se estaria diante de uma responsabilidade intermédia entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual.

⁶⁷ Cf., porém, Acórdão do STJ de 14 de Outubro de 2004, onde se considera que a figura do contrato com eficácia de proteção para terceiros surgiu na Alemanha, para ultrapassar limitações, nesse ordenamento, da responsabilidade extracontratual, que, segundo o relator, não se enfrentariam no nosso ordenamento jurídico. Discordamos em absoluto da afirmação. Na verdade, a idêntica modelação que a responsabilidade civil aquiliana conhece em Portugal e na Alemanha

zada em domínios particularmente relevantes dos nossos dias, como sejam os danos causados em investidores pelas agências de *rating*⁶⁸.

O contrato de arrendamento tem sido visto – e bem – pelos autores como um contrato que derrama a sua eficácia de proteção em relação a terceiros. Compreende-se que assim seja. Se A toma de arrendamento um imóvel para habitação, o interesse contratual não se restringe à proteção da sua pessoa, mas à de todas as que se integrem no seu agregado familiar. Um senhorio correto, honesto e leal não pode restringir a eficácia dos deveres de proteção ao devedor, devendo estendê-los a todos os com ele vivam. Nas palavras de Carneiro da Frada, “pelo arrendamento, cria-se um agregado social que reclama respostas jurídicas adequadas”⁶⁹. As respostas jurídicas a que se faz apelo são, portanto, ditadas pelo princípio da boa-fé, em face das circunstâncias do caso concreto, isto é, em face do facto de o senhorio, ao disponibilizar o gozo do locado, não o fazer apenas em relação ao devedor (arrendatário), mas a todos aqueles que com ele partilham a coisa.

faz com que os mesmos problemas que lá se experimentam sejam particularmente relevantes no nosso ordenamento jurídico.

⁶⁸ Cf. CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade civil das agências de notação de risco. Para uma construção dogmática crítica* ([http://www.fd.lisboa.ucp.pt/resources/documents/Centro/MCF.%20A%20Responsabilidade%20Civil%20das%20Ag%C3%A7%C3%A7%C3%A7%C3%A7%20de%20Rating.pdf](http://www.fd.lisboa.ucp.pt/resources/documents/Centro/MCF.%20A%20Responsabilidade%20Civil%20das%20Ag%C3%A7%C3%A7%C3%A7%C3%A7%C3%A7%C3%A7%20de%20Rating.pdf)).

⁶⁹ CARNEIRO DA FRADA, “Os deveres ditos acessórios e o arrendamento”, 288. Se o dado permite ao autor justificar que, em relação ao contrato de arrendamento, se apele a uma ideia de eficácia protetiva perante terceiros, adianta igualmente que o inverso também é verdadeiro, ou seja, os membros da família do locatário estão adstritos a deveres análogos perante o senhorio (contrato com deveres de proteção a cargo de terceiros) e a violação desses deveres confere ao senhorio um direito de resolução do arrendamento por inexigibilidade da perduração da relação de arrendamento (artigo 1083º/2 a CC).

Uma questão impõe-se, portanto, de forma incontornável: que terceiros podem ser integrados no âmbito de proteção do contrato? Mais amplamente, que terceiros podem ser integrados no âmbito de proteção de um contrato?

Segundo Mota Pinto, “este círculo de terceiros não deverá ser imprevisível e abrange aquelas pessoas que, segundo a natureza da prestação, estão, dum forma em maior ou menor grau inevitável em contacto com ela, e que (...) estão de tal modo próximos do credor que este, em termos cognoscíveis pelo devedor, confia na segurança dessas pessoas tanto como na sua”⁷⁰. cremos, uma vez mais, que o problema passa por determinar qual o âmbito do dever. Para tanto, haveremos de ter em conta o tipo de contrato, o fim deste, a proximidade de terceiros relativamente ao núcleo de execução do contrato (designadamente, ter em atenção se a prestação se dirige ou não a ser utilizada por terceiros), a cognoscibilidade que o devedor tem da presença desses terceiros e, finalmente, uma ideia de confiança. Com base nestes critérios – em si não muito distintos daqueles que foram oferecidos por Mota Pinto – estamos em condições de determinar o exato alcance protetivo de um contrato.

Resta, portanto, transpor para o âmbito do arrendamento este critério geral, pensado para qualquer contrato com eficácia protetiva de terceiros. Nessa medida, estamos em crer que a eficácia de proteção se estende aos familiares do arrendatário e a todos os que vivam com ele⁷¹. Os deveres decorren-

⁷⁰ MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, 423.

⁷¹ No mesmo sentido, considerando que âmbito de proteção do contrato de arrendamento incluir-se-iam os familiares do arrendatário ou aqueles que com ele viviam, cf. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, 423. Mas poderia já não ter essa proteção um visitante ocasional. Sobre o ponto, com grande impor-

tes da boa-fé existem em relação a todos aqueles a quem o senhorio disponibiliza, ainda que mediatamente e por interposta pessoa (o arrendatário), o gozo do locado. Na verdade, sendo impossível, pela natureza das relações, que estas pessoas não entrem em contacto com a prestação, ao confiar no senhorio – e no cumprimento por parte dele de deveres de proteção –, o arrendatário confia-lhe não só a sua pessoa como a daqueles que com ele vivem. Por outro lado, a boa-fé impõe que o primeiro oriente a sua conduta com respeito pela incolumidade não só da pessoa do inquilino, como também de todos aqueles que se integrem na esfera de vida deste. Integram-se, igualmente, na esfera de proteção do contrato de arrendamento os subarrendatários, desde que o subarrendamento tenha sido reconhecido pelo senhorio e tenha sido comunicada, nos termos da alínea g) do artigo 1038º CC. É esta, aliás, a solução que decorre do artigo 1061º CC.

Pensemos numa hipótese concreta: A deu de arrendamento um apartamento a B. Enquanto senhorio, A tem de alertar B para certos defeitos que a coisa pode apresentar, que podem configurar um perigo para a pessoa do arrendatário⁷². Não o fazendo e sofrendo os filhos de B danos na sua in-

tância, veja-se, também, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 518 s.

Veja-se, ainda, embora com uma intencionalidade diversa, o artigo 1040º CC.

De notar que os familiares a que nos referimos são, necessariamente, os familiares próximos e não um familiar distante que nenhuma relação mantenha (exceto ocasional e fortuita) com o arrendatário.

⁷² A este propósito, cf. CARNEIRO DA FRADA, “Os deveres ditos acessórios e o arrendamento”, 282, explica que, se certas qualidades da coisa integram o conteúdo do dever de prestar a cargo do locador como qualidades contratualmente devidas, “certos defeitos podem constituir um perigo para certos interesses, direitos ou bens da outra parte”, existindo, então, o dever de avisar o arrendatário.

tegridade física, A pode por eles ser demandado diretamente com base na responsabilidade contratual. O mesmo ocorrerá se o lesado for um amigo de B, que, por necessidades habitacionais, vive no apartamento arrendado. Mas já não é possível mobilizarem-se as regras da responsabilidade contratual se o lesado for C, um colega de trabalho que, por imperativos laborais, se dirigiu a sua casa para entregar uns documentos; ou se o lesado for D, um amigo que foi jantar a casa do arrendatário. É claro que o senhorio, enquanto proprietário, titula em relação a eles determinados deveres: não se trata, porém, de deveres de proteção que decorram do contrato, mas de deveres delituais que sobre ele impendem em relação a qualquer sujeito atuante no tráfego negocial. A esse propósito, e consoante o caso concreto, poder-se-ia mobilizar o artigo 492º CC. De notar, porém, que, porque no nº2 do artigo 492º está contemplada a responsabilidade daqueles que, por lei ou negócio jurídico, são obrigados a conservar o edifício, quando os danos resultem exclusivamente de um defeito de conservação, o próprio arrendatário poderá ser responsabilizado – tudo depende de saber que regime contratual une as partes e sobre quem impendia, em concreto, o dever de conservação do edifício⁷³.

⁷³ Sobre o ponto, cf. ANA MARIA FONSECA, “Responsabilidade civil pelos danos causados pela ruína de edifícios e outras obras”, *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2007, 106 s.

Note-se, apesar da explicação oferecida em texto, que a responsabilidade do proprietário/senhorio por violação de deveres de proteção não passa necessariamente pelo não cumprimento de deveres de conservação do edifício. Em causa pode estar, simplesmente, a omissão de deveres de aviso/informação relativamente a algum problema estrutural do mesmo.

Outras hipóteses podem encerrar uma problematidade acrescida. Pense-se na situação de o lesado com o defeito da coisa ser um amigo próximo do arrendatário que, não vivendo em sua casa, acaba por ali passar muito tempo, ou porque o visita assiduamente/quase diariamente, ou porque ali pernoita todos os fins-de-semana, que vai passar na cidade onde se localiza o apartamento arrendado. Ou na hipótese de o lesado ser uma empregada doméstica do arrendatário, que presta os seus serviços no locado, sem que ali habite. Cremos que, também nestes casos, pese embora possam apresentar contornos mais fluidos, não se pode senão considerar que o lesado se integra no âmbito de proteção do contrato – é que o arrendatário, em termos cognoscíveis para o senhorio, confia-lhe a segurança de todos aqueles que façam parte da sua esfera de vida. Não se exige que o senhorio saiba, exatamente, quem são essas pessoas; exige-se sim que ele oriente a sua conduta para a defesa da incolumidade de terceiros, que serão concretizados por força da ligação que mantêm com o credor⁷⁴.

5. O problema dos terceiros que interferem no gozo do locado

Falar de arrendamento e de terceiros, tendo como horizonte a responsabilidade civil, traz-nos à memória o complexo (e desafiante) problema dos terceiros que, interferindo com o gozo do locado, impedem que o contrato de arrendamento seja pontualmente cumprido.

⁷⁴ O que nos orienta é o interesse contratual: quais as pessoas em cuja incolumidade pessoal o arrendatário pensa, como pensa na sua, a propósito da execução do contrato? É esta a questão que nos orienta.

Se quisermos abandonar uma perspectiva macroscópica de análise do problema, a primeira conclusão a que chegamos é que são inúmeros os prismas a partir dos quais o podemos abordar.

Desde logo, a questão pode formular-se sob a égide da pretensa eficácia externa das obrigações. Quanto a esse ponto, a nossa resposta preliminar é em sentido negativo. Contra o que é sustentado por parte (mas não pela maioria) da doutrina, recusamos reconhecer uma eficácia externa aos direitos de crédito, considerando, pelo contrário, que há boas razões para conter a referida eficácia dentro dos domínios da contratualidade. Quer isto dizer que, se um terceiro interferir com a coisa objeto do direito de crédito, em regra, o credor não pode obter uma indemnização daquele e, concomitantemente, implica que não se inclua no âmbito de proteção delitual, traçada pelo artigo 483º CC, os direitos relativos⁷⁵.

⁷⁵ Entre nós defendem a teoria do efeito externo das obrigações FERRER CORREIA, "Da responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor na violação de um pacto de preferência", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 98º, 355 s. (note-se que o autor parece inclinar-se mais para a tutela dos direitos de crédito em sede extracontratual através do expediente do abuso de direito, neste sentido, não se afastando grandemente dos autores que propugnam a inexistência do referido efeito externo, mas admitem que em determinados casos se deve tutelar o credor exatamente por a conduta do terceiro ser atentatória dos bons costumes); DIOGO LEITE CAMPOS, "A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão do crédito", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, Lisboa, 1986, 51; ALBERTO LUÍS, "O problema da responsabilidade civil dos bancos por prejuízos que causem a direitos de crédito", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59, Lisboa, 1999, 895 a 914; GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010 (reimpressão), 48 e 246; PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999 (reimpressão), 79; MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Almedina, Coimbra, 2005 ("A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português", *Ciência e Técnica Fiscal*, nº363, Julho-Setembro, 1991, 37-244 e nº364, Outubro-Dezembro, 1991, 13 a 188), 141; PESSOA VAZ, *Do efeito externo das obrigações (algumas perspectivas da mais recente doutrina portuguesa e alemã)*, ed. policopiada, 1977.



Esgotadas que sejam as possibilidades de, por essa via ou perspectiva, se tentar obter a indemnização do credor, importa olhar para a questão de outra ótica. Assim, há que não esquecer as especificidades do direito concretamente em

Em sentido contrário, também na doutrina nacional, veja-se RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações* (texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J.C. Proença. Com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3º ano jurídico), policopiado, Coimbra, 1983, 77 s., 84-85; ÁLVARO DIAS, *Dano corporal. Quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*, Almedina, Coimbra, 2001, 291; VAZ SERRA, "Responsabilidade de terceiros no não cumprimento das obrigações", *Boletim do Ministério da Justiça*, nº85, 1959, 345-360, "Anotação ao acórdão de 17 de Junho de 1969", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 103º ano, 1970-1971, 458 a 463; CARNEIRO DA FRADA, *Contrato*, 162 e *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Lisboa-Porto, 2003, 238 s.; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, 175 s.; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 185-188, 194, 523.

Sobre Menezes Cordeiro tínhamos escrito que, em *Da responsabilidade civil dos administradores*, 490 s., o autor tinha revisto a sua posição quanto ao ponto, afirmando que não existe uma relação de especialidade entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade aquiliana, depois de ter defendido o efeito externo das obrigações. A alteração de posição parece seguir a linha de evolução do pensamento do civilista que modifica igualmente a sua visão acerca da querela dualismo/monismo em sede de modalidades de responsabilidade civil. Note-se, porém, que o autor, ao contrário do que sucede quanto a esta última questão, não se mostra tão explícito a propósito do primeiro problema. A diferenciação entre duas modalidades de responsabilidade civil não obsta a que se considere pertinente a teoria do efeito externo das obrigações. As duas temáticas são conexas, mas não se confundem. No entanto, a remissão que Menezes Cordeiro faz para o pensamento de Miguel Teixeira de Sousa e para a crítica que este tece à ideia de relação de especialidade entre o artigo 483º e o artigo 798º CC deixa antever dúvidas em relação à própria ideia de eficácia externa das obrigações. Contudo, na versão de 2010 do *Tratado de Direito Civil Português* (II/III, 448), o autor adere expressamente à doutrina da eficácia externa das obrigações. Embora rejeite a ideia de especialidade entre as diversas modalidades de responsabilidade civil, considera que os direitos de crédito são tutelados ao nível da responsabilidade aquiliana (artigo 483º CC). Para os artigos 798º ss CC reservar-se-iam as hipóteses de violação de tais direitos perpetradas pelo devedor. Ora, pergunta-se se não se encontra exatamente aí a relação de especialidade que o autor nega veementemente. Cf., igualmente, pág. 398, onde o autor diz que existe uma relação de especialidade quando esteja em causa o dever de prestar e um concurso real, quanto aos deveres de segurança (acessórios).

causa. Trata-se, na verdade, não de um vulgar direito de crédito, mas do direito ao arrendamento, um direito pessoal de gozo, dotado de particulares idiosincrasias.

Quanto aos direitos pessoais de gozo, se alguns autores continuam a integrá-los dentro dos direitos obrigacionais, reconhecendo, não obstante, algumas especificidades; outros configuram-nos como direitos obrigacionais *sui generis*⁷⁶. Entre estes, alguns reclamam para a categoria a tutela aquiliana.

No tocante ao arredamento, a doutrina também não se mostra unânime, oscilando entre quem encara o direito como real e quem continue a vê-lo como obrigacional. Mesmo dentro do segundo grupo de autores, apontam-se especificidades, que levam a que se sugira que, não obstante a sua natureza, se deve admitir, por exemplo, que as regras da usucapião funcionem em relação a eles⁷⁷. Torna-se, portanto, claro que se indague da possível procedência de uma pretensão indemnizatória do arrendatário contra um terceiro, quando fundada no artigo 483º CC.

⁷⁶ Sobre o ponto, cf. JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direitos pessoais de gozo*, Almedina, Coimbra, 1999. Veja-se, ainda, MICHELE GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, I, 325 s. e 329 s. (expondo criticamente a posição do autor italiano, a quem atribui a paternidade da categoria).

O que estaria em causa seria o reconhecimento de que é possível identificar uma categoria de direitos patrimoniais, os direitos de gozo, em função de um critério estrutural. Dentro desses direitos de gozo, distinguir-se-iam os direitos reais de gozo e os direitos pessoais de gozo, em função "da forma por que é afetada a coisa, objeto do poder do titular" (cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, I, 326). Menezes Cordeiro acaba por considerar que o direito pessoal de gozo, por não envolver uma prestação, deve ser excluído da categoria das obrigações.

⁷⁷ Sobre o ponto, cf., com amplo desenvolvimento, HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações reais e ónus reais*, Almedina, Coimbra, 2003



Ora, independentemente da resposta que se encontre para a questão da natureza do direito do arrendatário⁷⁸ e independentemente daquele que possa ser o posicionamento do jurista decidente no tocante à natureza e operacionalidade dos direitos pessoais de gozo, os dados disponibilizados pelo ordenamento jurídico positivo não podem deixar de ser tidos em consideração. Assim, importa não esquecer o disposto no artigo 1284º CC, que determina que “o possuidor mantido ou restituído na sua posse tem direito a ser indemnizado do prejuízo que haja sofrido em consequência da turbação ou do esbulho”⁷⁹.

O arrendatário não é, atenta a natureza do direito em questão, um possuidor; é antes um mero detentor⁸⁰. Mas, o artigo 1037º/2 CC manda aplicar ao locatário privado do exercício do seu direito os meios de defesa do possuidor previstos nos artigos 1276º e seguintes do CC, entre os quais se inclui o direito à indemnização. Assim sendo, é o próprio direito positivo que determina que o terceiro tem de indemnizar o arrendatário. A solução não afeta a certeza da recusa da tutela aquiliana para a violação de direitos de crédito. É que, mesmo com o alargamento da tutela a certos direitos pessoais de gozo, sempre se há-de reconhecer que estamos aí diante de situações excepcionais, determinadas pelas especificidades dos direitos em causa. No mais, não é qualquer violação daqueles que faz entrar em jogo a responsabilidade

⁷⁸ Temos para nós que se trata, de facto, de um direito obrigacional e não real.

⁷⁹ Esta solução está em sintonia com a natureza real que se reconhece à posse.

⁸⁰ O que aqui vai dito pressupõe, também, uma tomada de posição no que diz respeito à natureza da posse e aos contornos com que a mesma é percebida. Não nos debruçaremos sobre a temática, deixando, apenas, implícito que não basta o *corpus* para que ela se verifique, requerendo-se como imprescindível a presença do *animus*.

de extracontratual, mas apenas as que correspondam às formas de privação ou turbação da detenção.

Em qualquer das perspectivas enunciadas até ao momento, o problema passa pela interferência de um terceiro na coisa que é objeto do contrato de arrendamento, interferência essa que impede o arrendatário do gozo pleno da mesma.

Questão diversa é a que vai intencionada naquilo que é conhecido na doutrina por *liquidação do dano de terceiro*⁸¹. Central para a compreensão da categoria, cuja admissibilidade levanta dúvidas à doutrina, é a ideia de deslocação do dano, ou seja, o dano causado pela violação dos deveres que incumbem ao devedor atingiu um terceiro que não o credor, o que significa que todos os pressupostos da responsabilidade se verificam em relação a um sujeito, menos um (o dano) que se situa na esfera jurídica de outro, sendo imprescindível, segundo alguns autores, que o dano seja previsível sem a intervenção do terceiro, o que implica que não há um alargamento do âmbito da responsabilidade, ao contrário do que sucede com a figu-

⁸¹ Sobre o ponto, cf. JÖRG NEUNER, "Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen", *Juristenzeitung*, 1999, 119 s. e LARENZ, "Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1960, 78 s.; HANS-ULRICH VON SCHROETER, "Die Haftung für Drittschäden", *Jura*, 1997, 343 s.; JORGE MATTAMOUROS, "A liquidação do dano de terceiro no direito civil português", *RFDUP*, III, 2006, 308 s.; FERNANDO SÁ, "Contrato e liquidação de dano de terceiro – Análise de uma hipótese", *Novas tendências da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2007, 207 s.; CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres (ditos) acessórios e o arrendamento", 268 s.; PAULO DUARTE, "Reflexos jurídico-obrigacionais da cooperatividade nos negócios jurídicos celebrados pelas cooperativas de habitação e construção", in *Jurisprudência Cooperativa Comentada*, INCM, Lisboa, 2012, 492 s.; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 804 s.; CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, 97 s.



ra dos contratos com eficácia de proteção para terceiros⁸². A chamada à colação da figura, no quadro do arrendamento, implica, portanto, um duplo cenário.

Numa primeira hipótese, podemos pensar no caso em que o credor é o arrendatário e o devedor é o senhorio, tendo este incumprido determinados deveres que conduziram a um dano sofrido por um terceiro, v.g., o filho que habita o locado. Pode estar ou não em causa a violação de deveres de proteção.

⁸² Vincando com especial ênfase esta particularidade, cf. FERNANDO SÁ, "Contrato e liquidação de dano de terceiro", 207 s. Para uma sistematização dos casos em que tipicamente se recorre à figura, cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual*, 804 s.; PAULO DUARTE, "Reflexos jurídico-obrigacionais da cooperatividade", 492 s., referindo-se a três grupos de casos (casos em que o dano tem por objeto uma coisa que se encontra à guarda de outra pessoa que não é o seu dono, com base num contrato, v.g. de comodato, depósito; casos em que há uma relação de representação mediata ou fiduciária, de tal modo que o mandatário sem representação atua exclusivamente no interesse do terceiro; casos em que se verifica uma transferência do risco anterior à transferência da propriedade); CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade civil*, 98 s., falando de casos de mandato sem representação, contratos de depósito ou comodato, casos em que é efetuada a compra de determinada coisa a entregar em certo destino como local de cumprimento, sendo o comprador a agenciar o transporte, vindo a coisa a perecer durante a viagem por culpa do transportador, não podendo o vendedor que já não é proprietário pedir a indemnização e não sofrendo o comprador qualquer prejuízo, porque fica exonerado da contraprestação; FERNANDO SÁ, "Contrato e liquidação de dano de terceiro", 207 s., referindo-se aos casos de mandato sem representação, às situações que se colocam por força do funcionamento das regras sobre transferência do risco; às situações de propriedade fiduciária; aos casos geradores de uma obrigação de custódia ou de cuidado, aos casos de liquidação do dano por acordo (que, não obstante, acaba por deixar fora da liquidação do dano de terceiro em sentido próprio).

A doutrina enfrenta severas dificuldades no que respeita à fundamentação da figura da liquidação do dano de terceiro. Desde logo, entram em jogo as considerações atinentes à inexistência de uma eficácia externa das obrigações, donde teremos de ser cautelosos no não alargamento da figura. O mesmo é dizer que a figura da liquidação do dano de terceiro terá de jogar a sua intencionalidade no quadro da responsabilidade contratual; em causa está a violação dos deveres contratuais pelo devedor.

Numa segunda hipótese, o cenário é diverso: A e B celebram um contrato nos termos do qual o primeiro se obriga a realizar obras em casa do segundo, casa essa que está arrendada a C. Não tendo A cumprido aquilo a que se obrigara, C não pode habitar o locado, sofrendo com isso um prejuízo.

Em qualquer dos casos, os pressupostos da responsabilidade civil contratual verificam-se todos na pessoa do credor. Simplesmente, o dano vai projetar-se numa esfera diferente da dele.

O primeiro não nos parece complexo na solução que se procura. Na verdade, ou o arrendatário também vive no locado e não se pode falar sequer de transferência do dano; ou o arrendatário não habita no locado (por exemplo porque arrendou a casa para o filho, estudante noutra cidade, morar) e, de todo o modo, suporta um dano. É certo que o terceiro pode ver recair sobre si um dano autónomo⁸³, simplesmente é esta uma daquelas hipóteses em que parece fazer sentido a ideia de que o credor assume transitoriamente um interesse que funcionaria como um ponto de passagem da prestação para o terceiro⁸⁴. É que, verdadeiramente, consoante os contornos do caso concreto, poder-se-ia chegar à conclusão de que se estaria diante de um contrato a favor de terceiros⁸⁵ (v.g., naquela sub-hipótese de o pai ter arrendado o locado para o filho). No que respeita à situação em que o terceiro vive com o locatá-

⁸³ Ou porque, não sendo filho, terá de procurar uma nova casa, suportando despesas com que não contava; ou porque, sendo filho, fica momentaneamente privado de um sítio onde morar. Em equação passa a estar, também, a possibilidade de se indemnizar o dano da privação de uso.

⁸⁴ Cf. FERNANDO SÁ, "Contrato e liquidação de dano de terceiro", 241, com apelo a Windscheid e a outra doutrina alemã sobre o tema.

⁸⁵ Cf. artigos 443º e ss. CC.



rio, sempre se haveria de considerar que, estando em causa a violação de deveres de proteção, e sendo este um contrato com eficácia de proteção para terceiros, o terceiro teria direito a uma indemnização. Ora, não nos parece privado de sentido que se considere que o cumprimento de deveres de prestação consubstancia, a um tempo, o cumprimento de deveres de proteção em relação aos terceiros que se integrem no âmbito de influência do contrato.

Tudo visto, podemos chegar à conclusão que a categoria da *liquidação do dano de terceiro*, a ser aceite, não serve para captar a intencionalidade problemática dos casos inseridos na primeira hipótese discursiva que aventámos.

Consideremos, então, o cenário alternativo, que aqui rememoramos: A e B celebram um contrato nos termos do qual o primeiro se obriga a realizar obras em casa do segundo, casa essa que está arrendada a C. Não tendo A cumprido aquilo a que se obrigara, C não pode habitar o locado, sofrendo, como tal, um prejuízo. Neste caso, embora C seja claramente prejudicado, não se pode falar de ausência de dano na esfera jurídica de B. É que, de acordo com as regras contratuais, o arrendatário terá direito a uma redução da renda proporcional ao tempo de privação da coisa, o que quer dizer que na esfera de B se verificará um lucro cessante e que, na esfera jurídica de C, pelo menos, se atenua o dano. Repare-se que, de acordo com o artigo 1040º CC, mesmo que a privação ou diminuição do gozo não seja imputável ao locador nem aos seus familiares, a redução terá lugar, embora apenas no caso de uma ou outra exceder um sexto da duração do contrato. Não será, portanto, exato falar-se de *liquidação de dano de terceiro*: não se opera

a transferência do dano, gerando-se um dano paralelo numa esfera diversa da do credor.

No que respeita ao remanescente do prejuízo sofrido pelo arrendatário, haverá algum remédio de que se possa lançar mão?

Em termos extracontratuais, poder-se-á aventar a possibilidade, se se puder considerar que o ato de A, devedor de B, configura uma perturbação ou um esbulho da detenção do arrendatário, de um direito à indemnização, nos termos do artigo 1037º/2 e 1284º CC. No âmbito contratual, por seu turno, nos termos do artigo 794º CC, poder-se-á aventar a possibilidade de recurso ao *commodum de representação*, substituindo-se o arrendatário na titularidade do direito que este tiver adquirido contra o seu devedor.

PIRATARIA NA LEI DA MODA: UM PARADOXO?

PIRACY IN FASHION LAW: A PARADOX?

Maria Victória Rocha*

"In Fashion one day you're in, next day you're out"

Heidi Klum (*Project Runway*)

Abstract: The role of Law ought to be decisive in the protection of fashion products and their creators. Protection falls on immaterial goods, which are essentially protected by Intellectual Property, namely copyrights and industrial property rights, such as design (in the EU unregistered designs, special important for short cycle industries like fashion may be protected thanks to Regulation EC 6/2002 on protecting Community designs), trademarks and other distinctive signs, patents and utility models. Thanks to the digitalization and the Internet, there is a flourishing e-commerce related to fashion products, that competes with the traditional physical market. Almost every company sells in both markets and many sell only in the Internet. Thus, protection of domain names, and Websites or Facebook pages is very important because they function as the store open to the public, with its collections of goods, to which the consumers access on demand. It is important to protect these collections as databases. Protection must also

* Docente da Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, e membro do Católica Research Centre for the Future of Law - Centro de Estudos e Investigação em Direito (CEID). E-mail: virocha@porto.ucp.pt e victoriarocha@netcabo.pt . A autora optou por não escrever ao abrigo do novo acordo ortográfico.

occur against unfair competition. The rules against unfair competition play a very important roll in several ways, namely prevent trade-secrets, know-how, protect against acts of confusion, or prevent registration of industrial property rights that may cause confusion. Also, when there is no protection by an exclusive right, either a copyright or an industrial property right, unfair competition rules may be the solution for protection. The fashion industry spends thousands in advertisement, thus advertisement rules also apply to fashion industry.

Overlapping all these protections is also possible. The the EU Directive 98/71/CE, of the Parliament and the Council of 13th October 1998, about de protection of models and designs, imposes overlapping copyright with designs protected by Industrial Property, though we cannot say there is a satisfactory harmonization because the criteria are left for each State Member to decide, and the solutions are very different in each country. This Directive ought to be amended, but there are no strong lobbies for that to happen. In countries such the USA, there is no copyright protection of fashion because of its utilitary function. Only the strickly ornamental designs may be protected by copyrgight. There have been several bills to change the law, but they didn't pass, until now, as far as we know.

Fashion articles are largely copied by knockoffs and make alike industries, leading fashion originals industry to lose lots of money. Neverthelsss there are few lawsuits related to the copy of designs. The large number of lawsuits is related to copying trademarks and other distinctive signs. Imitation of original designs is a constant in the market, however it leads to the creation of a pyramid of markets of knockoffs, and doesn't seem to cause damage. Nevertheless it implies new business models for the fist movers in



order not to be so affected by piracy. But not all the imitations of designs are acts of piracy, in many cases the knockoffs are inspired by top fashion companies and designers, but there is no copy in the legal sense of the work, what is copied is only a trend.

Contrary to expectations, the fashion industry doesn't seem to be affected, and is constantly adapting itself to imitation and piracy of designs. That's why some authors call it the "Piracy Paradox". Some authors say that piracy has led, in a certain way, fashion to reinvent itself, offer new products, and new models of business, thus leading to innovation and short fashion cycles. Although it may drive the creativity, the copy has affected some sectors of fashion. Fast fashion companies that make knockoffs, even before the original designs are sold, are most benefited by the practice, often hurting small highly qualified designers that don't have ways to react. Also, fast fashion copying of original designers led some of these to lose money, and, in order to protect their designs, to use trademarks in the design, thus leading to less creativity, to sell bridge lines and to sell also very immediacy selling, and to create their own outlets. But the copying is not only bottom up, the haute couture maisons copy from one another in order to define trends. Though in the USA there is no copyright protection, contrary to what happens in the EU, where fashion designs may be protected by copyright, the behaviour of the companies seems the same, with some exceptions of emblematic lawsuits of great creators. And the doctrine and judges tend to be more demanding in what regards creativity, in order to protect fashion designs by Copyright. The low concentration of the highly fragmented fashion industry also contributes to weaken the protection because there are no strong lobbies to press law makers. The market is global, the laws are different, even within the EU, so the court rulings may be different according to the

country where the lawsuit occurs and the law it applies. This leads to uncertainty, and there ought to be a large harmonization on this subject. Nevertheless, fashion industry flourishes. Is this a paradox? It seems to be so, but we don't have the experience to see how fashion industry would behave, if there was a stronger global protection by Intellectual Property Laws, because it never happened until nowadays.

Sumário: 1. A moda como objecto de protecção pelo Direito de Autor e pela Propriedade Industrial. 2. Moda e Direito de Autor. 3. Moda e Direito Industrial. 3.1. Patentes e Modelos de Utilidade. 3.2. Modelos e Desenhos. 3.3. Marcas 3.4. Outros Sinais Distintivos. 4. Comércio Electrónico e tutela dos nomes de domínio. 5. Regras contra a Concorrência Desleal. 6. O Direito da Publicidade. 7. Tutela do Direito do Fabricante das Base de Dados. 8. Cúmulo de Protecções. 8. A incidência da pirataria na moda. 9. Efeitos paradoxais? 9.1 O argumento da Induced Obsolescence. 9.2. O argumento do anchoring. 9.3. O argumento do modelo colaborativo. 10. Posição tomada. 11. Conclusões.

Summary: 1. Fashion as object of protection by Copyright and Industrial Property. 2. Fashion and Copyright. 3. Fashion and Industrial Property. 3.1. Patents and Utility Models. 3.2. Designs and Models 3.3. Trademarks. 3.4. Other Distinctive Signs. 4. E-commerce and domain names. 5. Rules against unfair competence 6. Advertising Law. 7. The Sui generis right of producer of data bases. 8. Overlapping of protections 9. Piracy in fashion. 9. Piracy in fashion, a paradox? 9.1 Induced Obsolescence. 9.2. Anchoring. 9.3. Cooperative model. 10. Our point of view. 11. Conclusion.

Key-Words: Fashion; Fashion Law, Copyright; Industrial Property; Patents; Utility Models; Designs; Models; Trademarks; Logos; Unfair Competition; Advertising; Piracy.



Palavras-chave: Moda; Lei da Moda; Direito de Autor; Propriedade Industrial; Patentes; Modelos de Utilidade; Modelos e Desenhos; Marcas; Logótipos; Concorrência Desleal; Publicidade; Pirataria.

1. A moda como objecto de protecção pelo Direito de Autor e pela Propriedade Industrial

Antes de mais, cabe esclarecer que o nosso estudo apenas se dirige à moda em sentido estrito, enquanto indústria da moda ligada ao vestuário, calçado, carteiras e acessórios. Não entraremos na moda em outros sectores de actividade, e muito menos na moda em sentido mais amplo, enquanto comportamento mutável, nas mais diversas áreas da vida em sociedade, quer de um ponto de vista diacrónico, quer de um ponto de vista sincrónico. Para pegarmos num exemplo deste sentido amplo, pense-se nos hábitos existentes na era pré-digital quando comparados com os comportamentos advindos com a digitalização, o surgimento e expansão da *Internet*, dos telemóveis, etc.¹

¹ Vejam-se os vários conceitos de moda no Dicionário da Língua Portuguesa, Academia das Ciências de Lisboa e Fundação Calouste Gulbenkian, II Vol., G-Z, Lisboa, Verbo, 2001. Desenvolvidamente, sobre a história da moda, <https://pt.wikipedia.org/wiki/Moda> (último acesso em 30.05.2017); CRANE, D., *Fashion and its Social Agendas: Class, Gender and Identity Clothing*, University of Chicago Press, Chicago, p.11 ss.; PALMA, C., *La contraffazione del marchio nell abbigliamento e negli accessori*, Tese de Doutoramento, 2014, <http://www.studiotorta.it/premio/pdf/tesi2015/tesi/2014CristinaPalmaLacontraffazione-del-marchionell-abbigliamento-toenegliaccessori.pdf> (último acesso em 9.06.2017), pp. 11-13; RAUSTIALA, K. e SPRIGMAN, C., *The Knockoff Economy, how imitation sparks innovation*, Oxford, Oxford University Press, 2012, Capítulo I, pp. 22-27; WILSON, E., *Adorned in Dreams:*

Fashion and Modernity, Rutgers University Press, New Brunswick, New Jersey, I.B.Taurus, London, 2003, pp. 16-46; SCAFIDI, S., *Fashion Law: Diseñando una nueva disciplina*, BELLO, KNOLL, S.I., ECHEVARRIA, P., SCAFIDI, S. (coord), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2015, pp. 17-26.

O termo moda, em sentido estrito, provem do termo francês *mode*, surgido em torno de 1482 ligado directamente ao vestuário. Historicamente, o nascimento da moda remonta ao período de Luís XIV de França. A corte real da época, reunida em Versalhes, representou o principal centro de nascimento e de difusão de novos modelos. Atribui-se ao alfaiate inglês, que se transferiu para Paris, Charles Frederick Worth a origem da alta-costura e mesmo a invenção da moda, com as características que lhe são próprias de sazonalidade, exigência de oferta de novas tendências, para satisfação do consumidor.

Tradicionalmente, o vestuário era feito à mão. A invenção da máquina de costura, em meados do século XIX, foi essencial para a passagem do "feito à medida" (*taylor made*) para o pronto-a-vestir (*ready-to-wear*). Na sequência da Revolução Industrial dá-se a "democratização" da moda. O que era privilégio de poucos passa a poder ser usado pela generalidade. No decurso do século XX o vestuário feito à mão tendeu progressivamente a desaparecer e hoje, com raras excepções, que representam pequenos nichos de mercado, o pronto-a-vestir domina completamente a indústria da moda. Nos EUA, em 1911, já havia uma indústria florescente em Nova Iorque, que cresceu com a Primeira Guerra Mundial, porque não havia possibilidade de ir a Paris procurar as últimas tendências. Designers Americanos como Clarie McCardell, tornaram-se sensação. Com a grande depressão havia fortes restrições relativamente às peças importadas. Aquando da segunda guerra mundial os EUA já tinham um importante papel na indústria da moda, com cada vez mais marcas internacionais, fábricas de pronto-a-vestir e custos mais baixos.

Para os bens de luxo, no entanto, pouco tinha mudado em meados do século XX. Nos primeiros anos do pós-guerra, Paris manteve-se como o centro da alta-costura para senhoras, enquanto para os homens era Londres (Savile Row Jermyn Street). Com a recuperação da economia, nos anos 50, as empresas italianas e americanas cada vez mais começaram a competir com França, tanto na alta-costura como no pronto-a-vestir. Pierre Cardin foi um dos estilistas que cedo percebeu o fenómeno, concedendo licenças a diversas empresas, que podiam fabricar mas sempre com a sua marca, à época já de grande prestígio. A época do pós-guerra foi de contínua diversificação e crescimento para a indústria da moda nos EUA. Nos anos 50 surgem estilistas como Bill Bass; e nos anos 60 Halsto, nos anos 70 Ralph Lauren e Diana von Furstenberg. Nos anos 70 a moda começou a tornar-se verdadeiramente global. Pontos de venda de *boutiques* com marcas de topo foram abrindo em vários países, com recurso a licenças, com particular destaque para os países do Árabs ricos em petróleo.

Nos anos 80 e 90 a indústria da moda continuou a sua globalização. Itália teve um papel fundamental, com empresas como Gucci, Giorgio Armani,

A indústria da moda é global, embora os locais criativos

Versace, Prada, Valentino. O Japão entrou em força no mercado com estilistas como Rei Kawakubo ou Issey Miyake. Com a queda do muro de Berlim e o fim do comunismo na Rússia, o país torna-se um importante mercado com muito dinheiro.

Cada vez o público é mais atraído pela moda de diversos países, com as passagens de modelos top em Paris, Milão, Roma ou Nova Iorque (designadas *fashion weeks*). O boom económico dos anos 90 criou milhões de novos consumidores com especial apetência para bens de luxo de pronto-a-vestir. Em meados dos anos 90, a moderna concepção de indústria da moda está instalada com grandes fábricas e grupos empresariais, que vão substituindo os *ateliers* e as empresas familiares, com marcas protegidas e concedendo licenças um pouco por todo o mundo (pense-se no Grupo Financiaro Tessile (GTF), na Louis Vuitton - Moët Hennessy (LVMN) e na Pinauld - Printemps - La Redoute (PPR). Ao mesmo tempo começa a surgir outro mercado da moda, o chamado mercado da *fast-fashion*. No fim do século XX, com a crescente diminuição de tarifas alfandegárias e de custos de transporte passa a recorrer-se a mão-de-obra barata como a China ou o Bangladesh onde se deu um terrível desastre que levantou a questão da protecção dos direitos humanos dos trabalhadores nestes países de mão de obra barata e fábricas sem condições de segurança, que produzem a preços incrivelmente baixos. Os retalhistas da *fast-fashion* passam a recorrer a esta cadeia global de produção, com artigos baratos mas com muito *design*. Estão neste mercado, por exemplo a gigante empresa galega ZARA, a inglesa Topshop, a H&M, fundada na Suécia em 1947, a americana, de Los Angeles, Forever 21. Estas e outras empresas do mesmo género produzem a um ritmo muito acelerado cópias ou peças inspiradas nas tendências da alta-costura a preços muito mais baixos (estamos perante os fenómenos das *look alike*, *knockoff*, que desenvolveremos no corpo do artigo). A digitalização e o advento da *Internet* fizeram convergir o mercado físico e o mercado *online*. Hoje o *e-commerce* é fundamental também no domínio da moda, permitindo comprar sem sair de casa peças de todo o mundo. As empresas de moda, em geral, têm uma página *web*, com possibilidade de compra *online*; outras optam por ter *Facebook*, ou as duas em simultâneo. Há também grandes cadeias de intermediários que nos permitem o acesso a peças de marcas, sobretudo de alta-costura, com quase todos, senão todos, os grandes estilistas mundiais. A título de exemplo, veja-se a italiana *yoox.com* ou a portuguesa *farfetch.com* ou ainda a inglesa *outnet.com*. Há ainda as múltiplas possibilidades oferecidas pelo *eBay.com*, desde os leilões às peças em segunda mão ou às lojas ligadas ao *eBay*. Com a crescente protecção a nível da segurança dos pagamentos, cada vez mais pessoas utilizam o comércio electrónico para comprar peças que de outra forma não poderiam adquirir a preços tão baixos e sem sair de casa, pois que se teriam de deslocar aos pontos de venda, por vezes muito distantes, com o conseqüente acréscimo de despesas e muito menor comodidade. As peças *tailor made* são cada vez mais raras e por isso são importantes nichos de mercado.

de onde surgem as tendências da moda sejam a Europa e os EUA, logo seguidos do Japão. Em Paris, Milão, Londres, Nova Iorque, Los Angeles e Tóquio há uma grande concentração de estilistas e de retalhistas, assim como as casas mãe dos maiores produtores de moda. São as casas de alta-costura, como Gucci, Prada, Armani, Ralph Lauren, Chanel, entre outras, que continuamente criam novas coleções mostradas sazonalmente nos grandes desfiles de moda, onde são apresentadas as coleções de Outono/Inverno e Primavera/Verão para o ano seguinte. Por exemplo, as coleções de Outono/Inverno do ano seguinte têm lugar em Fevereiro/Março, e desfiles em Nova Iorque, Londres, Milão e Paris. As coleções de Primavera/Verão do ano seguinte têm lugar em Setembro/Outubro, em desfiles de moda em Nova Iorque, Londres, Milão e Paris. Para além destes desfiles, há muitos outros, designadamente em Roma, Lisboa, Porto, Madrid, Barcelona, Rio de Janeiro, São Paulo, Tóquio, etc, mas aqueles são os mais conhecidos².

² RAUSTIALA, K, SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design, *Virginia Law Review*, Vol. 92, nº 8, Dezembro (2006), pp. 1687-1776, em especial, p. 1693.

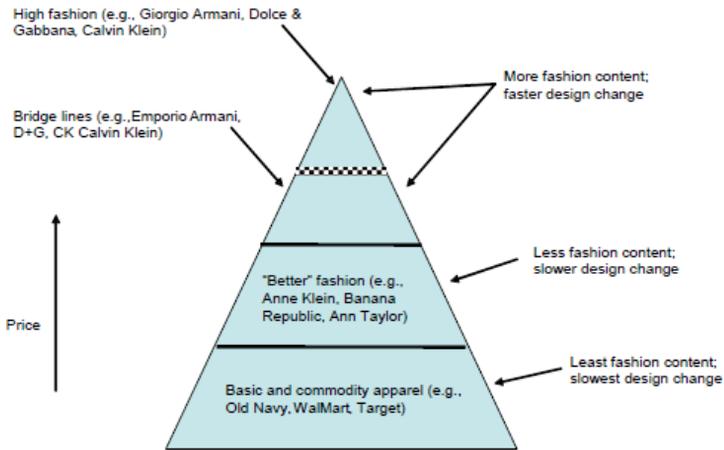


Figure A

Como resulta da figura A, de RAUSTIALA e SPRIGMAN³, os produtos da indústria da moda estão segmentados em categorias amplas, formando o que os autores designam por “pirâmide da moda”⁴. No topo encontra-se uma categoria de estilistas que engloba três diferentes tipos de produtos. Primeiro existe um mercado muito pequeno da alta-costura, ou seja, roupa personalizada desenhada quase inteiramente para mulheres, exclusivos com preços muito elevados. Directamente abaixo, um mercado muito mais amplo do pronto-a-vestir segmentado em colecções de prestígio, e colecções de preços mais acessíveis (as denominadas *bridge lines*, de que falaremos mais à frente). Mais abaixo, temos uma gama de pronto-a-vestir ainda de qualidade, mas bastante mais ampla

³ RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., “The Piracy Paradox” cit., p. 1694

⁴ RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., “The Piracy Paradox” cit., p. 1693.

porque os preços são mais baixos. Na base temos as peças comerciais básicas, com preços muito mais baixos e com uma ampla gama de consumidores.

Uma das grandes diferenças entre as categorias da pirâmide é o preço, que sobe da base para o topo, em função do *design* envolvido e dos ciclos de vida mais curtos. Na alta-costura, no pronto-a-vestir de *designers*, e nas *bridge lines*, há *design* muito importante envolvido e ciclos curtos. No pronto-a-vestir bom, há menos *design* envolvido e a mudança de *design* é mais lenta. Esta tendência acentua-se no sector básico. Isto não quer dizer que não haja mudança de *design* e mudanças cíclicas nos dois sectores mais baixos da pirâmide. O que quer dizer é que o vestuário à venda nas casas de costura de níveis elevados, como é o caso de Prada, ou Balenciaga, contém mais inovação no *design*, relativamente aos segmentos mais baixos. Embora os sectores mais baixos da pirâmide produzam colecções novas numa base regular, as diferenças entre as peças novas e as peças antigas são, em geral, menores em termos de inovação.

Há empresas que actuam em vários níveis da pirâmide, como é o caso emblemático de Armani, que produz desde o topo da alta-costura, às colecções de pronto-a-vestir *premium*, com marcas diferenciadas (*bridge lines*) e desce ao bom pronto-a-vestir (*better clothing*) distribuído em *shoppings* com a marca *Armani Exchange*. Um crescente número de empresas vende nos seus próprios *outlets*.⁵

O grau de concentração na indústria da moda é baixo, quando comparado com o que acontece na música e no

⁵ RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox" cit., pp. 1694-1695.

audiovisual. Esta descentralização pode ser uma explicação para a baixa protecção através do Regime da Propriedade Intelectual, porque os vários intervenientes não se conseguem organizar e fazer *lobbying* para serem mais protegidos⁶.

Para além das diversidades de regime, que são muitas, o que une todos os Direitos de Propriedade Intelectual é o facto de incidirem sobre bens imateriais, que se distinguem por completo dos suportes físicos em que se plasmam. As criações de moda, enquanto bens imateriais, seja na área do vestuário, calçado, carteiras ou acessórios, têm apetência para serem protegidas pelo Direito de Autor⁷ e pelos diversos direitos da Propriedade Industrial⁸, tais como patentes ou modelos de utilidade, modelos e desenhos, marcas, logótipos, denominações de origem, indicações de proveniência e recompensas. O nome da empresa deve ser protegido também através do Direito Comercial⁹. No contexto do comércio electrónico há que não esquecer a protecção através dos nomes de domínio¹⁰

Não vemos razão para que não seja abrangida a protecção pelo Direito *Sui Generis* do Fabricante das Bases de Da-

⁶ *Idem*, p. 1695

⁷ Entre nós no Código do Direito de Autor e Direitos Conexos (CDADC) e diplomas anexos.

⁸ Entre nós no Código da Propriedade Industrial (CPI) e diplomas anexos.

⁹ Código Comercial; Código das Sociedades Comerciais e Registo Nacional de Pessoas Colectivas. Cf. ROCHA, M.V., *Portugal*, 104, HENDRICKX, F. (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, Wolters Kluwer, Holanda, 2017, pp. 189-265.

¹⁰ Para os domínios pt. FCCN - Federação para a Computação Científica Nacional; SILVA, P. SOUSA e, *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 257-277.

dos¹¹. Além disso, existe a protecção através das normas contra a Concorrência Desleal, entre as quais se inclui a protecção do segredo comercial¹², e através do Direito da Publicidade¹³.

2. Moda e Direito de Autor

A protecção da moda pelo Direito de Autor coloca três questões pertinentes. A primeira tem a ver com o facto de saber se é possível a protecção de obras com uma função utilitária.

Caso a resposta à pergunta anterior seja afirmativa, a segunda questão tem que ver com o grau de criatividade

¹¹ A Directiva n.º 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11/03/1996 foi transposta para o Direito interno português pelo Decreto-Lei n.º 122/2000, de 04/07, onde este direito está consagrado. Leia-se, sobre o tema, entre outros, BOUZA LOPEZ, M. A., *El Derecho Sui Generis del Fabricante de Base de Datos*, REUS, Madrid, 2001; VENÂNCIO, P. D., *O direito sui generis na protecção jurídica de bases de dados* (texto policopiado), UCP, Escola de Direito do Porto, Porto, 2007.

¹² Cf. artigos 317º e 318 do Código do Propriedade Industrial, doravante designado por CPI.

¹³ 1. Normas fundamentais; art.º 60 n.º 2 da CRP; Código da Publicidade (DL n.º 330/90, de 23 de Outubro); Regime Jurídico das Práticas Comerciais Desleais (DL n.º 57/2008, de 26 de Março); Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho). Há ainda diversa legislação sectorial e legislação relacionada com os suportes utilizados (afixação de publicidade nas Estradas Nacionais (DL n.º 105/98, de 24 de Abril); Lei de Imprensa (Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro); Lei da Rádio (Lei n.º 54/2010, de 24 de Dezembro); Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a pedido (Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho); Publicidade domiciliária por telefone e por telexcópia (Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro); Comunicações publicitárias em rede (art.º 20 e 21 do DL n.º 7/2004, de 7 de Janeiro); Comunicações não solicitadas para fins de *marketing* directo (art.º 13-A e 13-B da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto). Na publicidade é muito relevante a auto-regulação (Código de Conduta do ICAP – Instituto Civil de Autodisciplina da Comunicação Comercial; Código de Conduta da Associação Portuguesa de *Marketing* Directo Relacional e Interactivo).

necessário para a protecção destas obras pelo Direito de Autor e a terceira questão é a de saber se é necessário algum requisito de novidade objectiva para a protecção da obra pelo Direito de Autor.

2.1. Pensamos que a primeira questão não suscita problemas de maior no Direito de Autor continental. Entre nós, como na União Europeia (UE), a obra é protegida independentemente da sua finalidade utilitária (cf. art.º 2º, nº1 CDADC, quando se refere ao objectivo). O que interessa é que exista espaço de jogo (*Spielraum*), para o autor poder fazer as suas escolhas, por mínimo que seja. Se a forma é imposta pela funcionalidade ou função, não poderá haver margem para criatividade, por mínima que seja, pelo que a obra não poderá ser protegida pelo Direito de Autor¹⁴.

O Direito de Autor também é neutro, de todos os pontos de vista. No que agora nos interessa, cabe realçar a sua neutralidade estética e ética (cf. art.º 2º, nº1). Tanto se protege o que a crítica acha muito bom como o *kitsch*. Tanto se protege o que é muito clássico como o que é ousado, ou mesmo considerado

¹⁴ ASCENSÃO, J. de OLIVEIRA, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012., p.74. AKESTER, P., *Direito de Autor em Portugal, nos Palop, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 73-78; LEITÃO, L. M. TELES de MENEZES, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 69-76; MELLO, A. SÁ e, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, 2ª ed. Actualizada e Ampliada, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 99-112. Em pormenor vejam-se os nossos estudos, ROCHA, M.V., "Contributos para a delimitação da "originalidade" como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Castanheira Neves*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra (2008), pp. 733-792, em especial pp. 763-767, e bibliografia aí citada; ROCHA, M. V., "Obras de Arquitectura como obras protegidas pelo Direito de Autor, ALMEIDA, C.F. de/ GONÇALVES, L.M/TRABUCO, C. (Org.), *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 159-209, em especial, pp. 159-169 e bibliografia aí citada. ROCHA, M. V, *Portugal*, 104, HENDRICKX, F. (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, Wolters Kluwer, 2017, pp. 25-49, em especial p. 47.

imoral por sectores mais conservadores (veja-se um vestido todo transparente, ou o célebre vestido de carne de Lady Gaga).

O CDADC não refere expressamente as criações da moda no elenco das obras protegidas. Mas tal não impede a protecção, uma vez que a enumeração do nº1 do art.º 2º é meramente exemplificativa. Para haver protecção basta que se preencham os requisitos do art.º 1º CDADC. De qualquer modo, parece-nos que as criações da moda cabem perfeitamente, na al. i) do nº 2, do art.º 2º, que se refere às *obras de artes aplicadas, desenhos ou modelos industriais e obras de design que constituam criação artística, independentemente da protecção relativa à propriedade industrial*"¹⁵.

A moda está excluída da protecção através do Direito de Autor em outros ordenamentos jurídicos, como é o caso

¹⁵ Em França, as criações da moda estão directamente protegidas pelo *Code de la Propriété Intellectuelle*, Livro I, nomeadamente, pelo artigo L112-2 (14) que estende a protecção pelo direito de autor às criações das indústrias sazonais de vestuário e outros artigos de moda. Entende-se por indústrias sazonais aquelas que, em virtude das exigências da moda, frequentemente renovam a forma dos seus produtos, em particular a costura, as peles, roupa interior, bordados, moda, calçado, luvas, marroquinaria, a manufactura de tecidos novos de alta gama ou destinados à alta-costura, as produções dos joalheiros e dos sapateiros e a manufactura de tecidos para a decoração (*Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture, les productions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement*). Sobre a possibilidade da protecção da moda pelo Direito de Autor veja-se, entre nós, ABREU, L. CARVALHO, "Reconhecimento e Lei Aplicável à Protecção das Criações da Moda pelo Direito de Autor", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, [S.l.], v. 8, n. 8, dec. 2016, pp. 159-168, em especial p. 163. Para uma visão de direito comparado, consulte-se FANO, E., *La tutela del design nel mondo della moda tra registrazione e diritto d'autore: una comparazione tra Europa e Stati Uniti*, <http://www.marchiedisegni.eu/wp-content/uploads/2016/10/Tutela-del-design-nel-mondo-della-moda.pdf> (último acesso em 30. 05.2017).



dos EUA, em que as peças de moda em três dimensões ficam fora da protecção pelo Direito de Autor. Esta falta de protecção não resulta de nenhuma excepção, mas do ponto de vista doutrinal e jurisprudencial, segundo o qual os objectos utilitários devem ficar fora do *Copyright*. Um *sketch* em duas dimensões de um projecto de moda pode estar protegido pelo *Copyright* como obra de pintura ou desenho. Todavia, a peça, por exemplo, o vestuário, em três dimensões produzido a partir desse *sketch*, não está protegido de forma separada e a cópia que utiliza a peça em três dimensões como modelo não está sujeita a violação de *copyrights*. Segundo a doutrina e a jurisprudência, isto deve-se ao facto de o vestuário ser um objecto útil e ao facto de o *copyright* só se aplicar quando a componente expressiva do artigo seja separável da sua função utilitária. Por exemplo, se é bordada uma jóia num vestido, a jóia pode ser protegida pelo *copyright*, porque está separada fisicamente e conceptualmente do vestido. Mas poucos projectos de moda têm esta separação, exceptuados os acessórios. Os elementos expressivos, na maior parte dos casos, não estão *bottled on* sob a forma de uma aplicação separável, mas fazem parte da forma do próprio vestuário por exemplo, o corte das mangas, o tipo de cintura, a forma das calças.¹⁶

Perante esta limitação, houve muitas dezenas de propostas no sentido de alargar a protecção. A última proposta deu origem ao *Innovative Design Protection Act*, (IDPA), que veio prever uma protecção de três anos para os *designs* de moda contra cópias substancialmente idênticas. Todavia, o

¹⁶ RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox", cit. pp. 1687-1772, em especial, pp. 1699-1700; RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, *The Knockoff economy* cit., pp. 27-36; ABREU, L. CARVALHO, "Reconhecimento e lei aplicável às criações de moda pelo Direito de Autor" cit., pp. 159 -168 .

projecto só é considerado copiado depois de ter havido uma notificação com um pré-aviso de 21 dias ao autor das presumíveis cópias, com indicação de quais os direitos que se consideram violados e em que data é que os artigos que se consideram copiados foram divulgados ao público. A razão desta obrigação de notificação prévia reside na tentativa de sanar a disputa a nível extrajudicial.

A lei de protecção do *design* inovador, de 2012, implicaria a extensão da protecção de direitos autorais por 3 anos para projectos de moda se eles fossem o resultado do esforço criativo de um *estilista* e fornecessem uma variação única, distinta, não trivial e não utilitária em relação aos projectos anteriores para tipos semelhantes de artigos nos EUA. A proposta foi alvo de intensos debates. Tanto quanto sabemos, ainda não foi aprovada, pelo que nos EUA a protecção da moda está, em regra ressalvadas as jóias e a bijuteria, que não têm uma função utilitária, excluída do âmbito dos direitos de autor (*copyrights*), sendo, aparentemente, mais fraca do que a protecção da UE, onde, com mais ou menos exigências se pode cumular a protecção via Direito de Autor e Propriedade Industrial¹⁷.

Dentro dos domínios referidos pelo CDADC, a moda dever-se-á considerar uma obra do domínio artístico, uma que se

¹⁷ WOODS, Michele, MONROIG, M., "Fashion Design and Copyright in the US and EU", November 17, 2015, *Copyright Law Division*, World Intellectual Property Organization (WIPO) Geneva, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ipr_ge_15/wipo_ipr_ge_15_t2.pdf (último acesso em 10.06.2015); desenvolvidamente, sobre as várias propostas de protecção da modas nos EUA através do *Copyright*, e com interessantes sugestões de alteração à proposta de 2012, CALLAHAN, C. F., "Fahion Frustrated. Why the Innovative Design Protection Act is a Necessary Step in the Right Direction, But Not Quite Enough", Vol. 7, nº1, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, (2012), pp. 195-223, em especial, pp. 203-226.



expressa através de formas, volumes, texturas, diferentes materiais, cores, etc.

2.2. Quanto à segunda questão, na concepção tradicional do *Droit d'Auteur* francês define-se a originalidade como “marca da personalidade do autor”. É uma noção subjectiva e personalista que parece ser muito restritiva, no sentido de exigir uma elevada criatividade para efeitos de protecção. Todavia, a expressão é enganadora porque nunca foi objectivo do Direito de Autor continental, que tem a sua origem no sistema francês pós-revolução francesa, proteger apenas as obras em que a criatividade é elevada. Sempre foram protegidas as *petite monnaie/calderilla/Kleine Münze/change/trocos*, obras em que a criatividade é mínima. Por isso, o conceito foi adaptado para indicar que a obra deve ter algo do autor, por pouco que seja. A exigência da personalidade do autor é uma frase enganadora, porque a exigência de criatividade é minimalista, segundo a melhor doutrina, basta que haja um *apport* de actividade intelectual.¹⁸

Um certo sector da doutrina e jurisprudência alemãs veio a demonstrar-se mais exigente, exigindo não apenas uma actividade intelectual independente distanciada do ba-

¹⁸ Em pormenor veja-se o nosso estudo, ROCHA, M. V., “Contributos para a delimitação da “originalidade” como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Castanheira Neves*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra (2008), pp. 733-792, em especial pp. 763-767, e bibliografia aí citada; ROCHA, M. V., “Obras de Arquitectura como obras protegidas pelo Direito de Autor, ALMEIDA, C.F. / GONÇALVES, L.M/TRABUCO, C. (Org.), *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 159-209, em especial, pp. 159-169 e bibliografia aí citada; ROCHA, M. V, *Portugal*, 104, HENDRICKX, F. (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, cit., pp. 25-49., em especial p. 47.

LEITÃO, L.M. TELES de MENEZES, *Manual cit.*, 2011, pp. 69-76; MELLO, A. SÁ e, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, 2ª ed. Atualizada e Ampliada, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 99-112.

nal, mas impondo a exigência de uma certa altura criativa (*Gestaltungshöhe*). Para haver originalidade e, portanto, possibilidade de protecção, para além da individualidade seria necessário o preenchimento de uma altura criativa. A individualidade seria o reflexo da personalidade, por mínima que fosse, do autor na obra, para que a mesma se pudesse considerar uma criação independente. A altura criativa seria um concreto grau de criatividade que a obra tinha de atingir para merecer protecção. A altura criativa seria o aspecto quantitativo da individualidade.

Como desenvolveremos mais à frente, o requisito surgiu no Direito de Autor alemão em fins dos anos 50 precisamente para determinar a linha de divisão entre a protecção pelo Direito de Autor das obras de arte aplicada e a protecção do, então, designado desenho ou modelo industrial (designação ultrapassada que ainda se mantém no CDA-DC), mas foi-se alastrando a todos os tipos de obra. Curiosamente, com raras excepções, continuaram a proteger-se as *Kleine Münze*, as obras menores. Em grande parte, também graças à evolução a nível da UE, mesmo a doutrina e jurisprudência alemãs abandonaram a exigência de altura criativa, para as obras em geral, passando a exigir a individualidade apenas como requisito da originalidade para a generalidade das obras¹⁹.

O Direito da UE veio contribuir largamente para esclarecer o conceito de originalidade que não aparece referido na maioria das legislações, sendo um conceito-quadro, alvo

¹⁹ Em pormenor veja-se o nosso estudo, ROCHA, M.V., "Contributos" como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor", cit., em especial pp. 755-757 e bibliografia e jurisprudência aí referidas.



de interpretações diversas em cada sistema e de oscilações na jurisprudência²⁰.

O art.º 1, nº 3, 3, da Directiva 91/250/CEE, de 14 de Maio de 1991, sobre a protecção jurídica dos programas de computador, dispõe que o programa ficará protegido se for original, no sentido de *ser uma criação intelectual própria do seu autor. Não será de aplicar nenhum outro critério para conceder a protecção*. No art.º 6 da Directiva 93/98/CEE, relativa à harmonização do prazo de protecção do direito de autor e de determinados direitos conexos, estabelece-se que as fotografias que constituam originais no sentido de serem *criações intelectuais próprias do seu autor* serão protegidas pelo art.º 1, *não se aplicará nenhum outro critério para determinar o seu direito à protecção*. A revogação desta Directiva operada pela Directiva 2006/116/CE e a substituição desta pela Directiva 2011/77/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2011, não trouxeram, neste ponto, qualquer alteração. No art.º 3, 1 da Directiva 96/9/CE, de 11 de Março, sobre protecção jurídica das bases de dados refere-se que são susceptíveis de protecção pelo Direito de Autor as bases de dados que pela selecção ou disposição do seu conteúdo *constituam uma criação intelectual específica do seu autor*. Na parte final do nº 1 *diz-se que não serão de aplicar outros critérios para determinar se tais bases de dados são susceptíveis de tal protecção*.

Portanto, quanto aos programas de computador, às bases de dados e fotografias, não há dúvidas que pode ser protegida qualquer criação do espírito, exteriorizada (ainda que

²⁰ Com muito pormenor, ROCHA, M. V., "Contributos", pp. 733-792; SAIZ GARCIA, C., *Objecto y sujeto del derecho de autor*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

permaneça inédita), desde que tenha originalidade, ou seja, se distancie do banal e seja uma criação independente, do domínio literário, artístico ou científico. Mas fica em aberto a questão das obras de arte com fins utilitários, como desenvolveremos *infra*, a propósito do cúmulo de protecções²¹.

2.3. Também entendemos que não se exige novidade em sentido objectivo como requisito da protecção da obra pelo Direito de Autor, ao contrário do que é a regra em matéria de Propriedade Industrial. A protecção da obra pelo Direito de Autor começa com a exteriorização, por qualquer forma, mesmo que a obra permaneça inédita. Basta que seja susceptível de ser cognoscível pelos sentidos humanos, directa ou indirectamente. Em regra, não é necessário qualquer registo, ou qualquer forma de exploração, salvo, entre nós, a imposição do registo no caso dos jornais e publicações muito periódicas (art.º 5º CDADC), que nem sequer é efectuado na Inspecção Geral das

²¹ Com mais pormenor, ROCHA, M.V., "Contributos" cit., em especial pp. 776-792 e bibliografia aí citada; ROCHA, M. V., "Obras de Arquitectura" cit., pp. 168-169 e bibliografia aí citada. ROCHA, M. V, *Portugal*, 104, HENDRICKX, F. (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, cit., pp. 25-49.

Também enfatiza SAIZ GARCIA, C., *Objecto y sujeto del derecho de autor*, cit., pp. 118-119, que é patente uma clara vontade do legislador comunitário de afastar de vez a altura criativa (*Gestaltungshöhe*) para que as obras mereçam protecção. O pressuposto originalidade deverá considerar-se preenchido quando o resultado é produto da actividade intelectual do seu autor, ou seja, quando estejamos perante uma criação independente. AKESTER, P., *Direito de Autor em Portugal, nos Palop, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, cit., também se refere a estas três Directivas, concluindo que das mesmas emana uma noção de originalidade como "criação intelectual do autor" (p. 74). Neste sentido também se pronunciou o TJCE nos Acórdãos Premier League C403/08 e C429/08, de 4 de Outubro de 2011, 98 e no Acórdão Premier League C604/10, de 1 de Março de 2012, 38. No mesmo sentido o Acórdão Infopac, Acórdão do Tribunal de Justiça, C5/08, de 16 de Julho de 2009, 45. Sobre um Guia TV CABO, o Tribunal nacional deu continuidade à protecção das *Kleine Münze*, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo nº 5670/2006 - 7 de 16 de Janeiro de 2007.

Actividades Culturais (IGAC), mas na Entidade de Regulação da Comunicação Social (ERC). Pelo contrário, em regra, os direitos privativos da Propriedade Industrial pressupõem um registo constitutivo (cf. arts. 4º, 5º e 7º CPI).²²

A exigência de novidade em sentido objectivo casa mal com direitos que se obtém sem qualquer registo e mesmo para obras que permaneçam inéditas. Embora haja diversas correntes relativamente ao conceito de originalidade, entre as quais os que defendem que a novidade em sentido objectivo tem que existir em matéria de direito de autor, ou os que, apenas nas situações de coincidência criativa, dão relevo à novidade em sentido objectivo, para nós e para a grande maioria da doutrina não se exige qualquer novidade em sentido objectivo em matéria de direito de autor. A originalidade é um conceito de imputação subjectivo²³.

²² Para mais detalhes, veja-se CAMPINOS, A. e GONÇALVES, L.M., AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª ed. Revista e Actualizada, Almedina, 2015, anotações aos artigos referidos.

²³ Afastando a novidade em sentido objectivo, quer entre nós, quer na jurisprudência da União Europeia, AKESTER, p., ob. cit., p. 78; na Jurisprudência da EU vejam-se os Acórdãos Infopaq, Processo C5/08, de 16 de Julho de 2009, 45; Acórdão Eva-Maria Painer, Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo C145/10, de 1 de Dezembro de 2011, 90-92; MELLO, A. SÁ e, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, cit. parte do requisito da criatividade como exigência de protecção entendidos como marca da individualidade, ou seja da paternidade, pp. 48-50 e pp. 100-102

No sentido do afastamento do requisito da novidade objectiva também se pronuncia REBELLO, L. F., *Introdução ao Direito de Autor*, Vol. I, SPA/Dom Quixote, Lisboa, 1993, pp. 87-88; na jurisprudência nacional, veja-se, entre outros, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Dezembro de 1990, B.M.J. nº 402, 1991, pp. 567-582. No mesmo sentido ROCHA, M. V., "Contributos", cit., pp. 748-755; ROCHA, M. V., "Obras de Arquitectura como obras protegidas pelo Direito de Autor" cit., em especial, pp. 159-169; ROCHA, M. V, *Portugal*, 104, HENDRICKX, F. (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, cit., pp. 25-49.

ASCENSÃO, J. de OLIVEIRA, *Direito de Autor* cit., pp. 99-103 também par-

Na protecção do título da obra, o art.º 4º, nº 1 CDA-DC exige que o título, para além de ser original, não se possa confundir com o título de qualquer outra obra do mesmo género e outro autor que tenha sido anteriormente publicada ou divulgada. O nº2, al) do art.º 4º, retoma a ideia de que os títulos não podem ser genéricos ou habitualmente usados para designar para determinado tipo de obras. A norma deixa margem a diversas interpretações.

Ao exigir que o título não seja passível de confusão com outro do mesmo género, pretende-se que se cumpra requisito da novidade (relativa) objectiva quanto a títulos de obras do mesmo género²⁴, ou seja, dentro de um princípio da especiali-

te do princípio de que não é necessária qualquer novidade em sentido objectivo, todavia excepçiona os casos de coincidência criativa. O autor refere novidade subjectiva e objectiva. A primeira é indispensável e está implícita na exigência de individualidade, ou originalidade. A novidade objectiva, ou carácter distintivo, será exigível nas hipóteses raras de coincidência criativa, apenas podendo ser protegida a obra criada em primeiro lugar. Discordamos da posição do autor por não encontrar motivo para que a segunda obra, numa hipótese de coincidência criativa, não possa ser protegida. O argumento de que a primeira obra já poderia ter caído no domínio público e de que seria fazer renascer os direitos de autor ao proteger a segunda obra, porque na realidade são uma só, não nos convence. Trata-se de duas criações independentes e, do nosso ponto de vista, ambas merecem protecção, são duas obras. Mais longe vai LEITÃO, L. M TELES de MENEZES, ao parecer fazer coincidir criatividade com novidade. Na verdade, a passagem do texto é um tanto confusa porque o autor afirma que "A criatividade em sentido lato coincide com a novidade da obra", mas remete para uma citação de Desbois que diz exactamente o oposto, cf. ob. cit. p. 74 e nota 120.

²⁴ A questão de saber o que é ser do mesmo género pode levantar sérios problemas. Por exemplo, parece que um romance ainda pode ser considerado do mesmo género de um conto, por ambos serem obras literárias em prosa. Mas um poema poderá ser considerado do mesmo género que um romance? Ambos são obras literárias, mas o poema obedece a critérios de construção diversos, embora exista prosa poética. E a poesia concreta, será do mesmo género da poesia? Parece-nos que não. A poesia concreta é simultaneamente uma obra literária e artística, daí as dúvidas. Em outros caso não haverá dúvidas de que estamos perante

dade aparentado com o que se passa em matéria de marcas. Quanto à exigência de que o título seja original, pode ser interpretada em dois sentidos: no sentido geral, de que o título tem que ter um mínimo de criatividade, ou seja, não pode ser banal, mas tem que ser subjectivamente imputável ao autor; ou no sentido de que o título, mesmo que banal, deste ponto de vista, tenha que ter o carácter distintivo próprio do direito de marcas. Para FERRER CORREIA e NOGUEIRA SERENS, os títulos só devem ser protegidos pelo Direito de Autor se forem originais, no sentido de actividade pessoal criativa, embora o direito ao título seja sempre relativo e não absoluto, ou seja fique sempre limitado pela possibilidade de risco de confusão. Os títulos que não satisfizerem o requisito geral da originalidade, com este sentido, podem, contudo, ser protegidos pelo Direito de Marcas, desde que tenham eficácia distintiva, ou podem, subsidiariamente, ser protegidos pelo direito da Concorrência Desleal.²⁵

Mais, como vimos acima para o caso de títulos de jornais e publicações periódicas, no caso de obra inédita exige-se ainda o registo do título em conjunto com a obra (art.º 4º, nº 3), este último registo é efectuado no IGAC. Ou seja, nestas hipóteses os registos são constitutivos, à semelhança do que se passa com as marcas e demais sinais distintivos.

Dadas estas especialidades, levanta-se a questão da natureza da protecção do título. Embora enquadrado no âmbito

géneros diversos, como é o caso de um romance e um quadro. Em pormenor, REBELLO, L.F., *Introdução ao Direito cit.*, pp. 96-98; REBELLO, L. F., *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos anotado*, Âncora, Lisboa, 2002, anotação ao artº 4º.

²⁵ CORREIA, A. FERRER, e SERENS, M. NOGUEIRA, " A Tutela dos títulos de obras de engenho", *Revista de Direito e Estudos Sociais (RDES)*, 13, (1987) , pp. 65-96; em termos semelhantes, PEREIRA, A. MARIA (filho), "Título das Publicações Periódicas- alguns aspectos do seu regime jurídico", *ROA*, 11, 1951, p. 78 ss.

to dos direitos de autor, os arts. 4º e 5º são bastante mais exigentes, parecendo aproximar o título do direito de marcas. O facto leva a divergências doutriniais²⁶.

Para REBELLO a protecção do título é, num certo sentido, a aplicação às obras literárias e artísticas do direito ao nome, previsto no art.º 72º, n.º 1 do Código Civil para as pessoas, sem se traduzir, todavia, numa protecção autónoma.²⁷

OLIVEIRA ASCENSÃO, seguido pela doutrina majoritária, e à semelhança do Direito Alemão, considera o título como um direito conexo, uma vez que beneficia de uma protecção afim da dos direitos de autor se se obtém, no essencial, pela extensão da protecção da obra ao seu título²⁸. O título é protegido como extensão da obra. Não pode haver protecção do título sem obra, portanto, o título não goza de uma protecção autónoma. Nada impede, todavia, que o título possa ser protegido como marca, nas hipóteses de obras de "conteúdo variável", como é o caso de séries televisivas. Nesse caso, o título poderá estar a exercer a função da marca, garantindo uma identidade do produto ou serviço. Se o título for protegido via direito de marcas, apenas se exigem os requisitos de protecção próprios do direito de marcas.

²⁶ Sobre as diversas possibilidades de protecção leia-se AAVV, *Protecção de Título de Jornal*, SPA, Lisboa, 1989.

²⁷ REBELLO, L. F, *Introdução cit.*, p. 96.

²⁸ No sentido da protecção do título como Direito Conexo, não sem alguma ambiguidade, ASCENSÃO, J.DE OLIVEIRA, *Direito de Autor e Direitos conexos*, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 603 ss; PEREIRA, A .L .DIAS, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Colecção Teses, Almedina, Coimbra, p. 412; SILVA, N.SOUSA E, *Direitos Conexos*, texto policopiado (2015) pp. 30-32;



Parece-nos que a protecção do título deve ser havida como um direito conexo, por não ser autónomo relativamente à obra, sem prejuízo de poder haver situações de cúmulo de protecção com o direito de marcas, ou protecção apenas pelo direito de marcas, ou, subsidiariamente, pelas normas contra a concorrência desleal.

Em todo o caso, como acentua NUNO SOUSA E SILVA, como a protecção do título não constitui um direito autónomo, a duração da protecção deve ser a mesma da duração dos direitos de autor a que a obra se refere.²⁹ Para este autor, não se exige originalidade no sentido de criação do autor, mas requisitos próximos do direito de marcas: novidade e capacidade distintiva. Isto, embora o autor defenda a protecção do título como direito conexo.^{30/31}.

Excepcionalmente, em matéria de Propriedade Industrial, também podem ser protegidos direitos não registados, como é o caso da marca livre (art.º 227º CPI), do *trade dress* (art.º 240º CPI), das marcas notórias (art.º 241º CPI) e das mar-

²⁹ SILVA, N.SOUSA E., *Direitos Conexos* cit. , p. 32.

³⁰ *Idem*, p. 31; Mais desenvolvidamente, do mesmo autor, "Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu", *ROA*, 2013, pp. 1365-1373.

³¹ Quanto à jurisprudência, os Acs. do TRL de 28.09.89 e 8.06.93 consideraram "Parabéns" e "Parabéns a Você" expressões genéricas, de uso comum e sem capacidade distintiva, não sendo susceptíveis de protecção; o Ac. TRL, de 13.07.95, considerou que "Telejornal" é uma designação genérica, usual para referir qualquer obra do género noticiário, não sendo, por isso, original e susceptível de protecção; o Acórdão STJ, de 29.04.2010, considerou "Um sonho de mulher" um título banal, não susceptível de protecção; o Ac. TRL 28.09.198 e o Ac. STJ 5.12.1994, consideraram que "Primeira Página" é uma designação genérica, sem originalidade; Ac. TRL, de 18.11.97, considerou que "Rosa dos Ventos" designa um instrumento de orientação náutica de autoria imemorial e não merecedora de protecção (inérito). Com mais detalhes, sobre as várias alternativas de protecção, leia-se AAVV, *Protecção do Título de Jornal*, SPA, 1989.

cas de prestígio (art.º 242º CPI), ou dos modelos ou desenhos comunitários não registados, a que nos referiremos *infra*³².

Em matéria de moda nada impede que uma dada peça personalizada tenha um título protegido como direito conexo, mas na esmagadora maioria dos casos a protecção predominante é a protecção como marca (ou outro sinal distintivo), sendo subsidiária a protecção através das regras contra a concorrência desleal.

3. Direito Industrial

A moda também pode ser protegida através dos diversos direitos da Propriedade Industrial.

3.1. Patentes e Modelos de Utilidade

As patentes ou modelos de utilidade podem proteger a moda, na medida em que se trate de invenções do domínio científico ou tecnológico e se os requisitos da novidade objectiva, salto inventivo e aplicação industrial estiverem preenchidos. Pense-se em novas texturas que absorvem o suor, ou em técnicas 3D de modelação e impressão de vestuário sem costuras, ou novos tipos de solas antiderrapantes, para mencionarmos apenas alguns exemplos³³.

³² Cf *Código da Propriedade Industrial Anotado*, cit., anotações aos artigos em causa.

³³ A patente e os modelos de utilidade são direitos exclusivos que se obtêm sobre invenções (soluções novas para problemas técnicos). Podem obter-se

Em qualquer dos casos, as patentes e os modelos de utilidade terão um interesse muito relativo em matéria de moda, por duas razões fundamentais. Por um lado, porque na grande maioria dos casos não existe novidade objectiva, muito menos em sentido absoluto, como é exigência das patentes. O raciocínio é semelhante para os modelos de utilidade, em que, apesar de a novidade objectiva poder ser relativa, quando não são efectuadas buscas, os modelos de utilizados estão sujeitos a reclamação. Na indústria da moda há mais *re-workings*, ou seja, adaptações, do que situações de novidade. Mas o argumento mais relevante talvez seja o facto de o processo de concessão das patentes e modelos de utilidade ser muito demorado e dis-

patentes para quaisquer invenções em todos os domínios da tecnologia e ciência, quer se trate de produtos ou processos, bem como para os processos novos de obtenção de produtos, substâncias ou composições já conhecidos. Os modelos de utilidade têm requisitos de protecção, muito semelhantes aos das patentes, mas não é possível proteger invenções que incidam sobre matéria biológica ou sobre substâncias ou processos químicos ou farmacêuticos. Os modelos de utilidades implicam um procedimento administrativo mais simplificado e acelerado do que o das patentes. Relativamente aos modelos de utilidade, é possível efectuar dois tipos de pedido: pedido com exame e pedido sem exame. Quanto às patentes, não existe a possibilidade de solicitar um pedido sem exame, pelo que as buscas são officiosas e a novidade é sempre uma novidade objectiva absoluta, enquanto nos modelos de utilidade podemos estar perante uma novidade objectiva relativa. O requerente do Modelo de Utilidade pode pagar apenas a taxa de pedido e protelar, ou não chegar a pagar, a taxa de exame. O modelo de utilidade é flexível na sua relação com as patentes. A pedido do requerente, a invenção submetida a protecção por modelo de utilidade pode ser objecto de protecção por patente (ou vice-versa), pelo que o requerente dispõe do prazo de um ano para proceder à apresentação sucessiva de um pedido de patente ou de modelo de utilidade. Mais desenvolvidamente, consulte-se GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual de Direito Industrial, Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 35-126 e pp. 347-353. ROCHA, M. V., *Portugal*, 104, HENDRICKX, F (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, cit., pp. 111-159; SILVA, P. SOUSA e, *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, cit., pp. 8-96; página web do INPI, www.inpi.pt, (último acesso em 29.05.2017).

pendioso, sendo o retorno incerto. Ou seja, esta demora não se adequa muito à indústria da moda, que tem um ciclo de vida sazonal, curta e com retorno incerto³⁴. De qualquer modo, pode haver interesse em patentear ou proteger através de modelos de utilidade novas técnicas de fabrico de tecidos, por exemplo, por serem mais macios, não se sujarem, serem mais amigos do ambiente, absorverem melhor o suor, oferecerem menos resistência à água, etc. De qualquer modo, a solução de problemas técnicos não tem uma relação directa como a moda, sendo o seu âmbito mais vasto.

Uma das práticas no domínio científico e tecnológico, no domínio da 4ª Revolução Industrial em que já nos encontramos é a impressão 3D. A técnica de criação aditiva está em todas as áreas e a moda não é excepção. A Adidas anunciou recentemente que iria produzir umas sapatilhas com sola criada através da técnica de impressão 3D. A designer Iris Van Harper é já conhecida pelo uso da tecnologia 3D nas suas criações sem costuras.³⁵

3.2. Modelos e Desenhos

Os modelos ou desenhos desempenham um papel muito importante na protecção da moda. Podem ser prote-

³⁴ Neste sentido RAUSTIALA ,K., SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox" cit., pp- 1704-1705.

³⁵ Cf. VIGUIÈ, C., "Impression 3D et le Droit d'Auteur", *Revue Internationale du Droit d'Auteur (RIDA)*, 242, 2014, p. 48 e p. 52; sobre a impressão 3 D no Direito de autor veja-se o nosso ROCHA, M. V. " Impressão 3D e Direito de Autor" *Revista Electrónica de Direito (RED)*, FDUP, Junho, (2017) pp. 1-29.

gidos desde que se trate de um modelo ou desenho novo (novidade relativa), com carácter singular e aplicável a um produto. O desenho ou modelo protege as características da aparência da totalidade, ou de parte, de um produto. Essas características podem respeitar a aspectos como linhas, contornos, cores, forma, textura ou os materiais do próprio produto ou da sua ornamentação.

Podem ser protegidos os desenhos ou modelos que preenchem, cumulativamente, as duas condições: novidade, em sentido objectivo, e carácter singular, embora nos pareçam características repetidas. Novidade em sentido objectivo e singularidade parecem-nos requisitos semelhantes. Para que um desenho ou modelo possa ser registado, não pode ser confundível com qualquer outro produto anterior. Podem ser registados os desenhos ou modelos que, não sendo inteiramente novos, realizem combinações novas de elementos já conhecidos. O INPI só realiza exame quanto aos requisitos de novidade e carácter singular quando invocados por terceiros em reclamação (daí a novidade ser relativa)³⁶.

Aqui várias questões são relevantes. Em primeiro lugar, a moda aparece naturalmente com uma tendência para ser protegida através de modelos e desenhos, uma vez que estes protegem a ornamentação, mas também pode haver uma protecção cumulativa através dos modelos ou desenhos e os

³⁶ Mais desenvolvidamente, consulte-se GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual cit.*, pp. 129-167; RIBEIRO, B. Q., "A tutela jurídica da moda pelo regime dos desenhos ou modelos", *Direito Industrial*, Vol. V., (2008), p.483 ss; ROCHA, M. V., *Portugal*, 104, HENDRICKX, F (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, cit., pp. 205-228; SILVA, P. SOUSA e, *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, cit., pp. 97-118; página web do INPI, www.inpi.pt, (último acesso em 29-05.2017).

direitos de autor, como vimos acima. Muitas empresas *start-up* que poderiam estar protegidas por direitos de autor, por a criação de moda estar protegida pelo direito de autor, sem necessidade de qualquer registo, optam pela protecção através dos modelos ou desenhos para garantir a novidade em sentido objectivo, uma vez que, de acordo com a posição que defendemos, os direitos de autor não protegem a novidade em sentido objectivo, tanto mais que são territoriais e não registados. A falta da obrigatoriedade de registo casa mal com a exigência de novidade objectiva, mesmo que relativa. Isto implica que, se não houver uma protecção através da Propriedade Industrial, seja a nível nacional, comunitário, ou internacional, a novidade não está garantida. Por isso, é usual uma *start-up* começar por requerer uma protecção via modelos ou desenhos, que, no máximo, garante um exclusivo de 25 anos a partir do pedido, com as sucessivas renovações de 5 anos e, terminados os 25 anos, estando o produto já estabelecido no mercado como pertencente àquela empresa, depois continue a protecção via direitos de autor, designadamente contra a reprodução e transformação, até ao final do prazo de protecção, que, em matéria de direitos de autor abrange, em regra a vida do autor mais 70 anos a contar de um de Janeiro do ano seguinte ao da sua morte, no contexto da União Europeia (cf. arts. 30º ss CDADC), ou de 50 anos a contar da sua morte, por aplicação da Convenção de Berna. Reconhecemos que o prazo de protecção por via dos Direitos de Autor é excessivo, mas, preenchidos os requisitos de protecção como obra, todas as obras devem ter o mesmo tratamento, sejam ou não utilitárias, de acordo com a legislação em vigor.

A protecção da moda por esta via é particularmente interessante porque na moda interessa muitas vezes mais a estética do que a funcionalidade do produto. Embora a generalidade dos produtos tenha uma funcionalidade prática (com a excepção da bijuteria e joalheria), não é este o princípio que move a moda. Os estilistas criam peças que procurem despertar algo no consumidor, apelando à sua sensibilidade estética. É importante projectar nas peças tendências, estilos apelativos, que levem o consumidor à compra. Este propósito é cumprido, sobretudo pelos elementos exteriores. Pelo que a protecção do *design* através do registo dos modelos ou desenhos é de especial interesse para a moda³⁷.

Todavia, o registo do modelo ou desenho é demorado e implica custos, com retorno incerto, com uma protecção de 5 anos a contar do pedido com renovações sucessivas até 25 anos. Este sistema não se adequa bem à indústria da moda, que é sazonal, com mudanças de 6 em 6 meses.

No âmbito da UE, o Regulamento/CE/6/2002 do Conselho, de 12 de Dezembro de 2001, é um precioso diploma porque veio, por um lado, permitir um regime unificado dos modelos e desenhos na UE para que, como consta do Considerando 7, haja uma maior eficácia na protecção, no sentido de promover a excelência da produção comunitária, encorajando os processos de inovação para que surjam novos produtos e possam ser lançados investimentos produtivos. Por outro lado, para além do sistema tradicional de protecção do modelo ou desenho, sujeito a registo, com a duração que pode chegar

³⁷ Desenvolvidamente, RIBEIRO, B. Q., "A tutela jurídica da moda pelo regime dos desenhos ou modelos", cit., p.483 ss.

a 25 anos, com as sucessivas renovações de 5 anos, idêntico aos modelos e desenhos nacionais, foi criada uma importante inovação introduzida pelo art.º 1, que se traduz num modelo ou desenho comunitário não registado, que concede uma protecção gratuita automática, que nasce a partir do momento da publicação ou divulgação do produto na UE, com uma duração de três anos, com protecção contra a cópia (*copyright approach*), desde que preenchidos os requisitos tradicionais da novidade objectiva (relativa) e do carácter singular. Apenas uma curiosidade, em lugar algum se exige a alegação e prova do início da contagem do prazo, que, naturalmente é fundamental para a contagem do mesmo e compete a quem dele beneficia, de acordo com as regras gerais do ónus da prova.

Este último modelo de protecção adequa-se às indústrias sazonais como a indústria da moda, dispensando custos excessivos. Para sectores de actividade que têm um ciclo de vida económica curto, como a indústria ligada à moda, é juridicamente suficiente esta protecção - três anos é mais do que suficiente - e protege-se o produto desde a sua publicação ou divulgação, salvaguardando-o apenas contra a reprodução não autorizada, numa aproximação ao sistema do direito de autor. Para os produtos com vida comercial tendencialmente curta, como é o caso da moda, a necessidade de registo para efeitos de protecção é um procedimento não idóneo e excessivo, atento o facto de que estes bens se destinam a ficar no mercado por períodos inferiores a um ano.

3.3. Marcas

As marcas são particularmente valiosas em matéria de Direito da Moda. A marca é um sinal ou conjunto de sinais, que identifica no mercado os produtos ou serviços de uma empresa, distinguindo-os dos de outras empresas concorrentes. Para ser protegida, como regra, a marca tem que ser registada. Também, como regra, o registo apenas protege a marca relativamente aos produtos e aos serviços especificados no pedido de registo, ou a produtos ou serviços afins, de acordo com o princípio da especialidade. Apenas as marcas de prestígio rompem com esse princípio (art.º 242º CPI). As marcas podem ser nominativas, compostas apenas por elementos verbais, como palavras, incluindo nomes de pessoas, letras ou números; podem ser marcas figurativas, compostas por elementos gráficos, como desenhos, imagens ou figuras; podem ser marcas mistas, compostas por elementos verbais e figurativos; há ainda marcas sonoras, compostas por sons que possam ser escritos numa pauta; há marcas tridimensionais, compostas pela forma do produto ou pela sua embalagem, ou por ambos; há marcas compostas por *slogans* publicitários, que podem ser simultaneamente protegidas pelo Direito de Autor e que são cada vez mais importantes, na medida em que a publicidade é uma forma de comunicação muito persuasiva (cf. art.º 222º CPI e art.º 2º, nº 1, al. m CDADC).³⁸

³⁸ Para além das marcas que se destinam a identificar e distinguir produtos ou serviços, existem também as marcas colectivas, que podem ser de asso-

Para poderem ser registadas as marcas têm que ter carácter distintivo. Não podem ser registadas as marcas compostas exclusiva ou essencialmente por elementos que descrevam os produto ou serviços, por elementos usuais na linguagem comercial, por formas impostas pela natureza do produto, ou formas do produto necessárias à obtenção de um resultado técnico ou formas que lhe confirmam um valor substancial. A cor única não pode ser protegida, a menos que a marca (com excepção das cores) tenha adquirido na prática comercial eficácia distintiva (*secondary meaning*). As marcas podem combinar elementos genéricos com elementos distintivos, mas apenas os elementos distintivos são apropriáveis.

Não podem ser registadas as marcas susceptíveis de induzir o consumidor em erro, nomeadamente a respeito da natureza, das qualidades, da utilidade ou da proveniência do produto ou do serviço.

Não podem ser registadas as marcas contrárias à lei e à ordem pública ou que ofendam a moral e os bons costumes, bem como as marcas que constituam infracção de direitos alheios ou que possam favorecer a prática de actos de concorrência desleal.³⁹

ciação ou de certificação. O registo da marca colectiva confere ao seu titular o direito de disciplinar a comercialização dos produtos, nas condições estabelecidas na lei, nos Estatutos ou nos Regulamentos internos. Uma marca de associação pertence a uma associação de pessoas singulares ou colectivas, cujos membros a usam, ou têm intenção de usar, para produtos ou serviços relacionados com o objecto da associação. Uma marca de certificação é um sinal pertencente a uma pessoa colectiva que controla os produtos ou os serviços, ou estabelece normas a que estes devem obedecer. Este sinal serve para ser utilizado nos produtos ou serviços submetidos àquele controlo, ou para os quais as normas foram estabelecidas. Cf. arts. 228º a 322º CPI.

³⁹ Desenvolvidamente, sobre marcas, consulte-se GONÇALVES, L. M.

Há a destacar dois desenvolvimentos muito importantes a nível de marcas na União Europeia. Após o processo de discussão que se iniciou em Abril de 2013, foram publicados no Jornal Oficial da União Europeia, nos dias 23 e 24 de Dezembro, dois novos diplomas que introduzem alterações muito importantes de registo de marcas em toda a União: a Directiva (UE) 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2015, que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (reformulação), e o Regulamento (UE) 2015/2424 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2015, que altera o Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho sobre a marca comunitária e revoga o Regulamento (CE) n.º 2869/95 da Comissão relativo às taxas a pagar ao Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos). As alterações introduzidas ao regulamento comunitário procuram melhorar as condições para que as empresas possam aceder ao registo de marcas e proteger os seus direitos contra eventuais infracções à escala da UE, de entre elas destacando-se alterações institucionais, alterações ao nível das taxas⁴⁰, e alterações ao nível do pedido, exame, registo e protecção de marcas.

Entre as alterações ao nível institucional, interessa-nos destacar a alteração do nome do IHMI, que passou a designar-se IPIUE-Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia

COUTO, *Manual de Direito Industrial, Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, cit., pp.161-344; ROCHA, M. V., *Portugal*, 104, HENDRICKX, F (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, cit. pp. 161-188; SILVA, P. SOUSA e, *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, cit., pp. 121-242; página web do INPI, www.inpi.pt (último acesso em 29.05.2017).

⁴⁰ As alterações no domínio das taxas foram: a introdução do sistema "one-class-per-fee", cf. <https://oami.europa.eu/ohimportal/pt/eu-trade-mark-regulation> (último acesso em 29.05.2017).

(IPIUE) (*European Union Intellectual Property Office-EUIPO*); também a designação das marcas comunitárias foi alterada, passando a designar-se marcas da UE (*European Union trade marks*)⁴¹.

Quanto às alterações a nível do pedido, do exame, do registo e protecção de marcas interessa-nos salientar o facto de ter sido eliminada a obrigatoriedade de representação gráfica da marca, o que abre um caminho, há muito desejado, para as novas marcas, tais como as marcas olfactivas, as marcas sonoras que não se podem representar numa pauta, as marcas tácteis e marcas gustativas, entre outras. Há muito que se desejava a protecção das marcas olfactivas, havendo mesmo lojas, como a Maximo Dutti, onde se entra e se sente um odor especial, mas esse odor não podia ser registado por não ser susceptível de representação gráfica. Com a entrada em vigor do Regulamento a marca olfactiva já pode ser protegida enquanto marca da EU. Aliás, numa visão ampla, em tempos o IHMI concedeu o registo como marca a uma bola de ténis com odor a relva acabada de cortar⁴².

A nova Directiva de Harmonização vem aproximar os registos nacionais de algumas das regras que anteriormente apenas vigoravam para as marcas comunitárias, de modo a uniformizar alguns aspectos entre os vários Estados-Membros e, com isso, facilitar a actividade transfronteiriça das empresas. De entre

⁴¹ Sobre outras alterações institucionais consulte-se <https://oami.europa.eu/ohimportal/pt/eu-trade-mark-regulation> (último acesso em 29.05.2017).

⁴² Outras alterações de relevo podem ser consultadas no IPIUE. O novo regulamento entrou em vigor no dia 23 de Março de 2016 (algumas alterações só começaram em vigor em Outubro de 2016), estando já em marcha no IPIUE o plano de adaptação às novas regras de todos os procedimentos, dos sistemas informáticos e das *guidelines*. Mais informação em <https://oami.europa.eu/ohimportal/pt/eu-trade-mark-regulation> (último acesso em 29.05.2017).



as principais alterações introduzidas, salienta-se a eliminação da obrigatoriedade de representação gráfica da marca, facilitando-se a apresentação de marcas não convencionais^{43/44}.

A marca ajuda o prestígio do produto. Daí que a indústria da moda invista bastante em policiar o uso não autorizado das suas marcas. Aliás, muitos produtos ligados à moda que são vendidos tradicionalmente em feiras de rua, mas com o advento da digitalização, na própria *Internet* são contrafacções patentes que violam o Direito de Marcas. Pode, todavia, haver uma forma mais sofisticada de cópia, que se traduz na cópia de modelos ou desenhos, ou de objectos protegidos por direitos

⁴³ Apesar de a Proposta Inicial de Directiva, apresentada em 2013, conter uma norma que determinava o fim do exame officioso dos motivos relativos de recusa de marcas ainda efectuado por alguns institutos nacionais na UE, muitos dos esforços desenvolvidos por Portugal levaram a que se conseguisse arredar essa norma do diploma e preservar a liberdade de os Estados-Membros poderem optar por manter ou não esse exame officioso, em função das suas particularidades e condicionalismos próprios. No dia 14 de Janeiro de 2016 iniciou-se o prazo máximo de 3 anos para que Portugal transpor esta Directiva. O novo sistema que Portugal terá que instituir, para que o INPI possa passar a proceder à apreciação da validade dos registos, terá um prazo máximo de implementação de 7 anos. Com mais detalhe, <https://oami.europa.eu/ohimportal/pt/eu-trade-mark-regulation> (último acesso em 29.05.2017).

⁴⁴ Para um estudo aprofundado sobre marcas, veja-se SERENS, M. COCEIRO NOGUEIRA, *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Parte II, Coleção Teses de Doutoramento, Almedina, Coimbra, 2007. CARVALHO, M. M., "Novas" marcas e marcas não tradicionais: objecto", AA. VV., *Direito Industrial*, vol. VI, Almedina/APDI, Coimbra, 2009, pp. 217-245. Em pormenor, sobre marcas olfativas, em pormenor, relatando também este caso, <https://www.slideshare.net/filipeduarte980/marcas-olfativas> (último acesso em 30.05.2017); sobre as novas marcas, referindo também este caso, veja-se também GONÇALVES, L.M.COUTO, *Manual cit.*, pp. 195-197. O caso pode ser consultado no Jornal Oficial do IHMI, 1999, p.1238 ss e foi bastante controverso, tendo sido apenas concedido pela 2ª Câmara de Recurso do IHMI, de 11.2.1999. Inicialmente o registo havia sido negado. O tribunal concedeu o registo porque entendeu que para preencher o requisito da representação gráfica o que importava não era o odor em si, mas descrição da marca olfativa.

de autor, ou por ambos, em vez da cópia de marcas, ou outros sinais distintivos. Por exemplo, a H&M ou a Zara têm as suas próprias marcas, pelo que não há, a este nível, qualquer violação do direito de marcas (tal como em outras áreas, como a dos brinquedos modulares para crianças, em que a Lego é líder; caducada a patente, há muitas outras marcas a copiar os tijolos da Lego, que fazem tijolos para encaixar nos produtos Lego, como é o caso da Megablocks, entre outras. Não há violação do direito de marca). Se o produto de moda não está protegido por direitos de autor ou por modelos ou desenhos, ou seja, se há uma cópia do projecto de *design* não sancionada, a marca, ainda assim, pode ser protegida.

Uma forma interessante de protecção consiste em que o projecto de *design* integre a marca de tal forma que a marca passe a ser um elemento do *design*. Por exemplo, o xadrez distintivo da Burberry's é marca registada e muito vestuário e acessórios da Burberry's incorporam este xadrez no *design*. Há outros casos em que o vestuário e acessórios incorporam de forma proeminente uma marca na parte visível do produto. É o caso das carteiras Louis Vuitton, com um padrão coberto com a marca LV. A tendência parece ser crescente e, nestes casos, a marca pode ter uma forte protecção contra a cópia. Todavia, em muitos dos produtos de moda, em particular, no vestuário, as marcas aparecem no interior ou apenas, de forma subtil, por exemplo, nos botões⁴⁵.

Neste contexto há ainda a referir o *trade dress*, ou seja, os vários elementos que compõem a forma tridimensional do

⁴⁵ RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., *The Knockoff economy*. cit., pp. 29-30; RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox, cit., pp. 1700-1702.



produto, a forma como o produto se apresenta ao consumidor. O *trade dress* do produto traduz-se no conjunto dos diversos elementos que compõem a confecção ou a configuração do próprio produto. Embora seja um elemento decorativo e estético, é uma forma de identificar a proveniência do produto. É um fenómeno que atinge sobretudo os produtos que têm marcas próprias, produtos com marcas de grandes cadeias distributivas.

Quanto ao *trade dress* (previsto entre nós no art.º 240º CPI) há que dizer que nos EUA originariamente o se limitava à embalagem do produto, mas os tribunais foram desenvolvendo o conceito de forma a envolver toda a imagem do mesmo, incluindo a sua forma, tamanho, cor, combinações de cor, textura, etc.,. Portanto, o *trade dress*, entendido em sentido lato, pode ser uma forma de, através do direito de marcas proteger cada vez mais o *design*. Todavia, por um lado o *trade dress* apenas se aplica aos aspectos estéticos, não funcionais do *design*. Por outro lado, só se protege o *trade dress* que, além de ornamental, seja indicativo da fonte. Isto não acontece muito no domínio da moda. Os consumidores podem apreciar muito um *design* de moda, mas não ligam, em regra, os elementos de um concreto *design*, uma marca, a uma fonte. Isto não quer dizer que não aconteça. Por exemplo, os consumidores mais atentos, por certo que associam à marca Chanel às características dos casacos Chanel. E isto acontece também com outras marcas. Por esta via, pode haver protecção do *design* através do *trade dress*, embora não seja muito comum.⁴⁶ Não cremos que o *trade dress* possa ser entendido entre nós desta

⁴⁶ RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., *The knockoff economy*, cit., pp. 29-30. RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox", cit, pp. 1702-1704.

forma tão ampla. Na verdade, o art.º 240º, onde está previsto, é um artigo infeliz em todos os sentidos. Como refere COUTO GONÇALVES, trata-se de uma originalidade do nosso direito de marcas, a “imitação de marca *virtual*”⁴⁷. A marca que o artigo considera imitada pela marca requerida na realidade não existe. O que existe é algo diverso, é um pedido de marca confundível com a apresentação do produto que pertence a outro titular. Não há qualquer confusão entre a marca registada e a marca cuja protecção se requer.

Na verdade, o que está em causa aqui é um acto de concorrência desleal e é nessa sede que a questão se deveria resolver. Mas, assim sendo, o legislador de 2003 consagra uma solução desastrosa. Ao deslocar o problema para o direito de marcas ficciona a existência de uma marca que não existe, e que se traduz na apresentação do produto em termos de embalagem e rótulo e obriga o detentor legítimo da marca a requerer uma nova marca para proteger a apresentação do produto, ou seja, o *trade dress*. A solução é inaceitável: o eventual prejudicado só pode defender-se se solicitar o registo de uma marca que inclua a marca já registada mais a apresentação do produto. Fica claramente prejudicado, designadamente em termos de custos, quando a questão se podia resolver via regras contra a concorrência desleal, sendo essa a sede própria. Aliás, se o interessado recorrer o disposto no art.º 239º, nº1, al. c) resolve por completo a sua pretensão⁴⁸. Aquilo que se faz nos EUA através das marcas resolve-se, entre nós, via normas contra a concorrência desleal.

⁴⁷ GONÇALVES, L. M., COUTO, *Manual cit.*, p. 261.

⁴⁸ Com críticas contundentes à solução legislativa, GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual cit.*, p. 261.



3.4. Outros Sinais Distintivos

Outros sinais distintivos podem também ter muito interesse. É o caso dos logótipos. O logótipo é o sinal adequado a identificar qualquer entidade que preste serviços ou comercialize produtos, distinguindo-a das outras. Pode ser utilizado, nomeadamente, em estabelecimentos, anúncios, impressos ou correspondência. É o modo como a entidade é conhecida junto do público. Não podem ser registados os logótipos compostos exclusiva ou essencialmente por elementos que descrevam a entidade, ou as suas características, ou por elementos que sejam usualmente empregues na linguagem do comércio, por falta de capacidade distintiva. Um logótipo composto exclusiva ou essencialmente por estes elementos apenas pode ser registado se tiver adquirido, na prática comercial, eficácia distintiva (*secondary meaning*). Sempre que estes elementos estejam combinados com elementos distintivos (palavras ou grafismos), o logótipo pode ser registado. Os elementos descritivos, genéricos ou usuais não apropriam exclusividade do respectivo titular. Não podem ser registados os logótipos que possam causar um engano do consumidor a respeito da natureza ou das características da entidade⁴⁹.

⁴⁹ GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual*, cit., pp. 354-258; ROCHA, M.V., *Portugal*, 104, HENDRICKX, F. (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, cit., pp. 199-203; SILVA, P. SOUSA e *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, cit., 2011, pp. 243-255; INPI, www.inpi.pt. (último acesso em 30.05.2017).

Também podem ter muito interesse as denominações de origem e as indicações geográficas. Quando um nome geográfico (de uma região, de um local ou de um país), para além de informar o consumidor sobre a origem de um produto, também garante que o produto reúne determinadas características e qualidades, podemos estar perante uma denominação de origem ou uma indicação geográfica. As denominações de origem e as indicações geográficas inspiram confiança no consumidor, porque desempenham uma função de qualidade, pelo que podem ser um instrumento muito valioso para as empresas, acrescentando valor às suas marcas. Se as denominações de origem ou as indicações geográficas forem registadas, passam a ser um direito de propriedade industrial que confere aos seus titulares a possibilidade de reagir contra utilizações indevidas e abusivas em produtos que as desprestigiam. As denominações de origem e as indicações geográficas, para além de atribuírem ao produtor um direito exclusivo resultante da conquista de um lugar único determinado pela tipicidade e qualidade dos produtos e de conferirem um valor acrescido às marcas, são um meio privilegiado ao dispor dos seus utilizadores/titulares, pois permitem alcançar o consumidor através de critérios de exigência cada vez mais elevados em termos de qualidade e autenticidade dos produtos que adquirem no mercado. Para que determinado produto possa ser protegido como Denominação de Origem é necessário haver uma maior ligação entre o produto e a região de origem, ou seja, as suas qualidades e características devem-se, não apenas aos fatores humanos, mas também, às condições naturais. Há uma interdependência



entre os fatores naturais e humanos e o produto. As Indicações Geográficas têm requisitos menos exigentes. A ligação do produto ao seu local de origem é muito mais ténue, bastando que a reputação ou uma determinada qualidade (e não todas as qualidades) ou outra característica (não todas as características), possam ser atribuídas à origem geográfica, sem influência dos fatores naturais e humanos⁵⁰.

4. Comércio Electrónico e tutela dos nomes de domínio

Não podemos esquecer que hoje há dois mercados de moda. Para além das lojas físicas, o comércio electrónico tornou-se fundamental e está em constante crescendo. Isso acontece em diversos sectores, mas também adquiriu particular relevância em todas as áreas da moda. Aliás, neste âmbito podemos ter três realidades. Há empresas que vendem no mercado tradicional das lojas físicas, mas vendem simultaneamente na *Internet* e a nível mundial, como é o caso das grandes empresas de retalho; há pequenas empresas que vendem apenas na *Internet*, sobretudo através das páginas do *Facebook*, e há empresas que, embora não vendam *online*, têm uma página *web* para anunciar as lojas físicas onde estão presentes. São cada vez mais escassas as lojas que não têm uma qualquer ligação ao comércio electrónico e cada vez surgem mais lojas vituais. Neste contexto, é de importância fundamental o registo dos nomes de domínio da empresa. Não podemos

⁵⁰ GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual*, cit., pp. 358-364; SILVA, P. SOUSA e, *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, cit., pp. 276-306. INPI, www.inpi.pt (último acesso em 30.05.2017).

esquecer que o estabelecimento comercial no domínio electrónico é a página web ou página de Facebook em que são apresentados os produtos. Os nomes de domínio são registados em Portugal através da Federação para a Computação Científica Nacional (FCCN)⁵¹.

5. As regras contra a concorrência desleal

A protecção também pode ser efectuada através das regras contra a concorrência desleal, entre nós prevista nos arts. 317º e 318º CPI, mas que se aplicam transversalmente no âmbito do Direito de Autor. Inclusive, parece-nos que o regime contra a concorrência desleal deveria integrar um diploma próprio, dada a sua transversalidade. De entre os vários actos de concorrência desleal, tem, desde logo, particular interesse a protecção dos segredos de indústria e de comércio (art.º 318º CPI) que foram alvo de recente intervenção comunitária, através da Directiva da Directiva (UE) 2016/943, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho, relativa à protecção de *know-how* e informações confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais. Os segredos comerciais são, cada vez mais, uma das formas mais utilizadas pelas empresas para protecção da criação intelectual, sendo valorizados ao ponto de serem utilizados como complemento ou como alternativa aos direitos da proprieda-

⁵¹ Sobre os nomes de domínio em geral, consulte-se https://pt.wikipedia.org/wiki/Domain_Name_System (último acesso em 30.05.2017). Sobre a FCCN, veja-se <https://www.fccn.pt/> (último acesso em 30.05.2017). Entre nós, SILVA, P. SOUSA e, *Direito Industrial, Noções Fundamentais* cit., pp. 306-311.



de industrial. A Directiva procura harmonizar dentro da UE os níveis de protecção de que devem beneficiar o *know-how* e informações de natureza confidencial. O regime jurídico pretende ainda reforçar a protecção actualmente existente para os segredos comerciais, instituindo um conjunto de mecanismos civis que, sem colocar em causa os direitos e liberdades fundamentais ou o interesse público, permitam prevenir e reprimir práticas ilícitas neste domínio. Os Estados-Membros terão até 09.06.2018 para transpor esta nova Directiva para os respectivos ordenamentos jurídicos internos⁵².

De qualquer modo, há outros tipos de concorrência desleal muito comuns no âmbito da moda. Aliás, o mercado da moda é um dos mercados onde existe mais concorrência desleal. Pelo elevado *cash flow* que os bens desta categoria e, mais amplamente, os bens de luxo pessoal geram, e pela relativa simplicidade com que os processos de contrafacção e imitação parasitária são possíveis por parte de terceiros, nomeadamente pertencendo a outras economias. Inclusive, o fenómeno é mais intenso em fase de recessão económica⁵³. As formas mais

⁵² Em pormenor sobre os segredos de negócio, SILVA., N. SOUSA e, "A proposta de Directiva em matéria de segredos empresa: estado e propostas" APDI (org.) Revista de Direito Intelectual (RDI), 2 (2014), pp. 259-305; SILVA, N. SOUSA e SILVA, "Um Retrato do Regime Português dos Segredos de Negócio, *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, 75, Janeiro /Junho (2015), pp. 223-257.

⁵³ Desenvolvidamente, BERGAMASHI, M., "Imitazione e concorrenza nell'abbigliamento di moda: un'interpretazione economico-aziendale della normativa vigente", *Paper numero 98*, Dicembre 2009, *Dipartimento di Economia Aziendale*, Università degli Studi de Brescia, pp. 1-26, em especial, pp. 1-7. O autor demonstra com estatísticas que as economias mais afectadas com as crises globais de 2007/2008/2009, no âmbito do vestuário, variaram. As vendas na Europa baixaram discretamente graças à abertura de vários pontos de venda nos mercados emergentes do leste, como a República Checa, a Rússia ou a Hungria; o mercado dos EUA foi particularmente penalizado por causa da crise dos canais

usadas de concorrência desleal traduzem-se no uso de sinais distintivos de outros (que também viola o direito de marcas e de outros sinais distintivos), a imitação servil e a criação de confusão por outros meios. A imitação servil existe quando a empresa concorrente não se limita a copiar os elementos funcionais de um vestuário, por exemplo, porque esses não estão protegidos contra a cópia, uma vez que deles depende a funcionalidade do produto, mas imitam o corte, os tecidos, as combinações de cores, os padrões, os moldes e desenhos. Outros actos de confusão conseguem-se quando o consumidor atento, mesmo sabendo que se trata de uma imitação, compre com a finalidade de induzir os outros a pensar que se trata de um original, dado que a cópia é tão bem feita.⁵⁴ Caso não haja protecção pelo Direito de Autor ou pelos modelos ou desenhos, os *look alike* ou *knockoff* podem ser subsidiariamente protegidos através das normas contra a concorrência desleal. O aspecto é idêntico,

distributivos, as denominadas *department stores*; o mercado japonês foi afectado pela recessão em 2009; os mercados emergentes da Ásia Oriental cresceram, sendo a China o mercado com maior aumento de vendas. O mercado do vestuário de luxo foi afectado, sobretudo pelo fenómeno do *down-trading* dos consumidores no confronto com as marcas de prestígio (*premium brands*). As mulheres diminuíram as aquisições de bens com elevado conteúdo simbólico e os homens reduziram as roupas de luxo. Nos períodos analisados o autor observou uma uniformidade de comportamentos dos consumidores a nível global: menor propensão para a aquisição de produtos de luxo e consumos menos ostensivos, adiando o seu consumo a médio prazo; procura do valor intrínseco, por exemplo, moldes artesanais, fios finos; incremento de reutilização de produtos adquiridos no passado (*chic-onomic*); incremento da despesa em falsos, seja contrafeitos, seja imitações de bens de luxo, aspecto que nos interessa destacar. Os consumidores de 2007 a 2009 tentaram fazer o *shop in your closet*, reutilizando, muitas vezes com novas combinações, produtos adquiridos no passado. As eventuais novas aquisições foram de poucos produtos-chave ou acessórios, ou produtos de linhas mais abaixo dos produtos de luxo, seja de produtos da segunda ou da terceira linha.

⁵⁴ Mais desenvolvidamente, BERGAMASHI, ob. cit., pp. 11-13.



mas o preço é muito mais baixo pela ausência de custos de pesquisa, desenvolvimento e comercialização das peças. Estas imitações, uma vez que são realizadas à escala industrial, têm cada vez melhores técnicas que permitem a elevada qualidade do produto, cuja venda se espalha a nível global através do comércio electrónico. No *look alike* a marca não é imitada, mas é indevido por parte da empresa que imita desfrutar do investimento da empresa cujos produtos são copiados, que gasta em investimento e desenvolvimento dos bens e na sua publicidade. Normalmente são imitados os produtos de consumo *fast moving*, ou seja, bens de uso comum das grandes cadeias de distribuição, mas também as casas de moda de alta-costura são copiadas sem contrafacção da marca e mediante canais de distribuição não especializados.

A deslealdade está no aproveitamento indevido do investimento e da notoriedade e prestígio dos produtos da marca que são copiados. Nos *look alike* ou *knockoff* há uma exploração da confiança que, em regra, o produto de marca imitada tem, uma vez que esta consegue comunicar à sua clientela o seu diferencial qualitativo relativamente a produtos similares⁵⁵. A força do *look alike* ou *knockoff* deve-se a uma associação entre os produtos, que até pode ser inconsciente, e se o for, é subliminar e, portanto, ainda mais perigosa. O imitador consegue, desta forma, uma atenção para os seus produtos que, de outro modo, não teria. Pouco interessa que o produto imitado tenha uma marca própria, distinta do produto imitado. Ele obteve um apoio ilícito e desleal⁵⁶.

⁵⁵ BERGAMASHI, ob. cit., pp. 14-15.

⁵⁶ BERGAMASHI, ob. cit., p. 15 e nota 25; Sobre a Concorrência Desleal

6. Direito da Publicidade

A Publicidade tem um papel fundamental na moda, no sentido de a dar a conhecer, pelo que se aplicam à moda, todas as normas relacionadas com o Direito da Publicidade, em particular, os princípios da verdade e da licitude, e da protecção contra a publicidade enganosa. As empresas de moda gastam milhões em anúncios publicitários em todos os tipos de suportes, pelo que há que salvaguardar esse investimento, desde que lícito, através das diversas normas relativas ao Direito da Publicidade⁵⁷ e dos contratos publicitários em todas as fases da cadeia do anúncio..

em geral, leia-se GONÇALVES, L.M. COUTO, *Manual*, cit, pp. 365-393, autor que demonstra a importância da distinção entre os dois modelos de concorrência existentes, entre nós o modelo profissional, mais restritivo porque apenas tutela os interesses privados dos concorrentes, e o modelo social, que tem como pioneira a Alemanha, e que se estendeu a outros regimes como o espanhol, em que a concorrência desleal deixa de ser vista como um instituto destinado a resolver conflitos entre concorrentes, para passar a ser um instrumento de condutas no mercado, protegendo ao mesmo tempo os interesses dos consumidores e o interesse público do bom funcionamento do mercado; leia-se ainda SILVA, P. SOUSA e, *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, cit., dando conta dos diversos conceitos de concorrência e afirmando, de acordo com posição com a qual concordamos inteiramente, que a Disciplina da Protecção contra a Concorrência Desleal não faz parte do Direito Industrial, pp. 315-342; sobre a Directiva sobre segredo Comercial.

⁵⁷ Com mais detalhe, sobre o Direito da Publicidade, veja-se AMORIM, ANA CLARA, AZEVEDO, de, *A Tutela da Lealdade nas Relações de Mercado, A propósito do ilícito publicitário*, Coimbra, Almedina, 2017; MARTINÉZ ESCRIBANO, C., HERRERO SUÁREZ, C., MARTÍN GARCIA, L., HÉRNADEZ-RICO, J. M., *Derecho de la Publicidad*, LEX NOVA, THOMSON REUTERS, Madrid, 2015.

7. Tutela do Direito do Fabricante das Base de Dados

As criações de moda são, em geral, apresentadas através de catálogos, seja *online* (o que é a situação normal), seja *offline*, seja em simultâneo (ex.: revista La Redoute). Na medida em que estas bases sejam criativas, podem ser protegidas, entre nós e na UE, através do direito de autor sobre as bases de dados. Em todo caso, independentemente dessa protecção e mesmo para bases de dados não criativas, existe a protecção do direito *sui generis* do fabricante das bases de dados.⁵⁸

8. Cúmulo de Protecções

Em matéria de moda, é especialmente interessante a questão do cúmulo de protecções. O cúmulo que mais suscita problemas é o da protecção através do Direito de Autor e, em simultâneo, através dos modelos ou desenhos.

A relação entre a protecção do *design* pelo Direito de Autor e pelo regime do Direito Industrial sobre desenhos e modelos, tem subjacentes três sistemas: um sistema de cúmulo total absoluto, um sistema de não cúmulo e um sistema de cúmulo

⁵⁸ Cf. Decreto-Lei 122/2000, de 4 de Julho, que transpõe a Directiva 96/9, relativa à protecção jurídica das bases de dados. Em pormenor, na doutrina, destacamos BOUZA LOPEZ, M. A., *El Derecho Sui Generis del Fabricante de Base de Datos*, REUS, Madrid, 2001; VENÂNCIO, P. D., *O direito sui generis na protecção jurídica de bases de dados* (texto policopiado), UCP, Escola de Direito do Porto, Porto, 2007.

restrito ou parcial⁵⁹.

A Directiva 98/71/CE, do Parlamento e do Conselho, de 13 de Outubro de 1998, sobre a protecção de desenhos e modelos (doravante designada por DDeM) veio determinar, no seu art.º 17 *que qualquer desenho ou modelo protegido por um registo num Estado-membro de acordo com a presente directiva beneficia igualmente da protecção conferida pelo direito de autor desse Estado a partir da data em que o desenho ou modelo foi criado ou definido sob qualquer forma. Cada Estado-membro determinará o âmbito dessa protecção e as condições em que é conferida, incluindo o grau de originalidade exigido.* Daqui decorre que os países da UE não podem afastar a protecção através do direito de autor pelo facto de a criação satisfazer ao mesmo tempo os requisitos da protecção através da propriedade industrial, ou seja, por ter um carácter "híbrido". O cúmulo entre determinadas obras protegidas pelo Direito de Autor na área do *design* e pela Propriedade Industrial, como desenhos ou modelos, não pode mais ser impedido no contexto da União Europeia. Todavia, a DDeM não fez qualquer harmonização, ao remeter para cada Estado-Membro o âmbito da protecção e as condições em que é conferida, incluindo o grau de originalidade exigido. Ou seja, na prática, o âmbito do cúmulo de protecções pode variar muito dentro da UE, o que não é o desejável num mercado que se pretende único. A Directiva

⁵⁹ ROCHA, M. V., "A protecção cumulativa do design como obra e como desenho ou modelo quando o criador é um trabalhador dependente: o caso português", TÓBIO RIVAS, A. M., FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, A., TATO PLZA, A., (eds.) *Estudios de Derecho Mercantil, Libro de Homenaje al Prof. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 883-898; RUIZ MUÑOZ, "Diseño Industrial y Derecho de Autor en Europa" *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, (ADI) 27 (2006-2007), pp. 381-424.

ficou muito aquém de uma completa harmonização, dados os interesses dos diversos países em presença, ao contrário do que seria desejável, mas foi o acordo que se conseguiu atingir. Por exemplo, em França, onde prevalece o princípio da unidade da arte, é muito mais fácil o cúmulo do que na Alemanha, onde o requisito da altura criativa foi criado, precisamente, para as obras de arte aplicada.

O sistema francês manteve-se fiel ao princípio da unidade da arte formulado por Eugène Poulliet no início do século passado⁶⁰. Todas as obras, independentemente da sua finalidade utilitária, podem ser simultaneamente protegidas pelo direito de autor e pela propriedade industrial. A protecção pelo direito de autor para os modelos ou desenhos não se subordina nem à separação do valor artístico da criação relativamente ao produto industrial, nem exige um particular nível criativo. As duas modalidades de protecção não se excluem, são complementares. O art.º L-511-1 e ss do Code de la Propriété Intellectuelle, alterado pela Ordonnance 2001/670 de 25/7/2001, não modificou a situação, dado que o art.º 17 da Directiva, como vimos acima, remete para os Estados-Membros o âmbito dessa protecção e as condições em que é conferida, incluindo o grau de originalidade exigido⁶¹.

Em Itália sempre houve um regime de não cúmulo⁶². To-

⁶⁰ POUILLIET, E., *Traité théorique et pratique des dessins et modèles*, Marchal et Billard, Paris, 1911.

⁶¹ Veja-se GONÇALVES, L. COUTO, *Manual*, cit., pp. 148-149; ROCHA, M. V., "A protecção cumulativa" cit., pp. 883-898; RUIZ MUÑOZ, "Diseño Industrial y Derecho de Autor en Europa", cit., pp. 381-424.

⁶² De acordo com o art.º 5º do R.D. 25/8/1940, nº 1411, sobre desenhos industriais, não se podia cumular a protecção dos modelos ou desenhos ornamentais com a protecção através do Direito de Autor. Só quando o valor artístico da

davia, por força da transposição da Directiva (Dec. Lgs. de 2 de Fevereiro de 2001, nº 95), tornou-se necessária uma cumulação parcial. De acordo com o art.º 2º da Lei de Direito de Autor de 1941, alterado, o nº 10 passa a prever a possibilidade de protecção de desenhos industriais que apresentem por si carácter criativo e valor artístico. Caso haja protecção cumulativa, a duração do direito de exploração económica do desenho ou modelo é protegida durante a vida do autor e até 70 anos após a sua morte, de acordo com o art.º 44, nº 1 do Código da Propriedade Industrial italiano de 2005, com a alteração introduzida pela Lei 4/2007 de 6 de Abril⁶³.

O único sistema defensável, embora com diversas cambiantes em cada país, parece-nos o do cúmulo restrito ou parcial de protecções. Este modelo tem a sua origem e expoente máximo no Direito Alemão e na exigência de uma cer-

obra fosse separável do carácter industrial do produto a que estivesse associado poderia haver uma protecção através do Direito de Autor, nos termos do art.º 2º, nº 4 da Lei 22 de Abril de 1941, nº 663, sobre Direito de Autor e Direitos Conexos. Havia divergências na doutrina quanto à interpretação do requisito. Para alguns autores era necessária a separação material do objecto de protecção, enquanto o modelo protegia a aparência do produto industrial, o direito de autor protegia o valor artístico da obra. Para outros autores a separação era apenas conceptual, desde que o mesmo objecto permitisse idealmente a finalidade industrial e o gozo estético, o que era mais provável nos desenhos do que nos modelos. O sistema, no entanto, teve que sofrer uma adaptação, por força da transposição da DDeM, pelo que, desde 2001, com a aprovação do Dec. Legs. 27272001, nº 95, passou a ser possível em Itália um sistema de cúmulo parcial. O nº 10 do art. 2º da Lei de Direito de Autor de 1941 passa a contemplar a possibilidade de serem protegidos os desenhos industriais que apresentem por si carácter criativo e valor artístico (embora a doutrina esteja longe de ser unânime quanto aos conceitos em causa); sobre a questão GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual* cit., p. 149 e bibliografia aí indicada; ROCHA, M. V., "A protecção cumulativa", cit., pp. 883-898; RUIZ MUÑOZ, "Diseño Industrial y Derecho de Autor en Europa", cit., pp. 381-424.

⁶³ Cf. GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual*, cit., pp. 149-150, e abundante bibliografia citada pelo autor.



ta altura criativa (*Gestaltungshöhe*). Com efeito, este requisito adicional, relativamente novo no Direito de Autor alemão (fins dos anos 50), surgiu para determinar a linha de divisão entre a protecção pelo Direito de Autor das obras de arte aplicada e a protecção do desenho e modelo industrial⁶⁴. No entanto, o termo *Gestaltungshöhe* ou *Schöpfungshöhe* foi rapidamente aceite pela doutrina e jurisprudência alemãs, de tal modo que passou a integrar os elementos da existência da obra protegida, enquanto *persönlichen geistigen Schöpfung*, tal como definida no § 2, 2, da *UrheberGesetz*. Ou seja, pensado para um âmbito muito delimitado - se as obras de arte aplicada não atingissem um nível de criatividade exigido, caíam fora da protecção pelo Direito de Autor, embora dentro do âmbito de protecção como desenhos ou modelos - o conceito alastrou de forma injustificada a todos os âmbitos, convertendo-se em requisito de protecção para todo o tipo de obras, passando a ter uma função para a qual não havia sido pensado. Como escreve SCHRICKER, a transposição teve inúmeras consequências. No domínio das artes aplicadas, o postulado da altura criativa significou uma redução do âmbito de protecção por

⁶⁴ Em pormenor, sobre a história, evolução e crise do conceito no Direito de Autor, veja-se SCHRICKER, G., "Abschied von der Gestaltungshöhe im Urheberrecht?" BECKER/LERCHE/MESTMÄCKER (Hrgs.), *Wanderer zwischen Musik, Politik und Recht, Festschrift für Reinhold Kreile zu seinem 65. Geburtstag*, Baden-Baden, 1994, pp. 715-721. Sobre o seu surgimento, debruça-se o relatório de ULMER no *Freiburger Tagung für Rechtsvergleichung, de 1958* (Congresso de Direito Comparado), sob o tema "Der Schutz der industriellen Formgebung" (publicado em *GRUR Int.* 1959, 1, 2) onde o autor escreve: "Wie im Patentrecht von der Erfindungshöhe, so können wir im Kunsturheberrecht - mit einem von Frau Dr.Meißner geprägten Ausdruck - von der Gestaltungshöhe sprechen. Das ist ein guter Vorschlag, der auf der Freiburger Tagung volle Zustimmung gefunden hat". ULMER retomou o conceito na 2ª e 3ª edições do seu *Urheber-und Verlagsrecht*. Dá conta desta evolução também SAIZ GARCÍA, CONCEPCIÓN, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, cit., p. 106 ss.

via do Direito de Autor, pois que se apertou mais a exigência. Se tal ainda se podia justificar pela protecção cumulativa através do Direito Industrial, certo é que a generalização do conceito abriu a porta para requisitos de protecção também mais apertados para os outros tipos de categorias de obras, sem que uma situação comparável o justificasse⁶⁵. A jurisprudência, que aderiu a esta concepção alargada, curiosamente, durante muito tempo continuou a proteger sem problemas as *Kleine Münze*, situando a *Gestaltungshöhe* a níveis mínimos. Todavia, nos inícios dos anos 80 começou a exigir maior altura criativa para determinados tipos de obras científicas escritas. Designadamente, foi particularmente exigente em matéria de programas de computador. Ficou célebre, a propósito a sentença no caso *Inkasso Programm*⁶⁶. A protecção foi recusada por a criatividade não exceder o mediano. A tendência foi, contudo, invertida na jurisprudência dos últimos anos, voltando-se também para estes tipos de obras à ideia de proteger as obras menores, as *kleine Münze*. Hoje, também a doutrina de Direito de Autor alemã mais autorizada preconiza o abandono necessário do requisito da altura criativa, para passar a exigir a individualidade como único pressuposto de protecção para que qualquer obra seja susceptível de protecção pelo Direito de Autor. Esta mudança adequa a doutrina à evolução verificada a nível da União Europeia e à própria jurisprudência

⁶⁵ SCHRICKER, "Abschied", cit., p. 716.

⁶⁶ Supremo Tribunal, 9 de Maio 1985, I ZR 52/83. Com mais detalhe sobre a influência das Directivas sobre programas de computador, bases de dados e fotografias no conceito de originalidade, HEIDLINGER, R, "The Threshold of Originality under EU Copyright Law" CO-REACH INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE NEW MEDIA Beijing Workshop, 18th October (2011), <http://www.coreachipr.org/documents/Roman%20Heidinger%202011.pdf> (último acesso em 30.05.2017).



alemã dos últimos anos neste âmbito. No entanto, não deixa de ser curioso que esta doutrina não se tenha feito sentir em matéria de cúmulo de protecção, onde são poucas as decisões jurisprudenciais no sentido de a conferirem, precisamente com base na ideia de falta nível criativo suficiente.

A Alemanha tem um sistema intermédio, de cúmulo parcial. Continua a exigir-se para a protecção uma determinada altura criativa para as obras de arte aplicada (*Gestaltungshöhe*). Se esta não existir, a obra não é protegida pelo Direito de Autor (*Urheberrechtsgesetz* de 1961, § 2 IV), passa a ser apenas protegida através da Propriedade Industrial, em especial, como modelo ou desenho (*Designsgesetz* de 2004)⁶⁷.

Em Espanha também parece existir um sistema de cúmulo parcial. O desenho ou modelo pode ~~pode~~ ser protegido pelo Direito de Autor (TRLPI, arts. 1º e 10º) se for original. Tudo dependerá da originalidade, aparentemente dependendo da interpretação do conceito de originalidade, a maior ou menor possibilidade de protecção pelo Direito de Autor. Todavia, a disposição adicional décima da Lei sobre Desenhos (Ley 20/2003, de 7 de Julho), prevê um critério quantitativo do grau de nível artístico da obra. Caso não seja preenchido, apenas se pode aplicar a protecção via Propriedade Industrial prevista na lei sobre protecção dos desenhos⁶⁸.

No Reino Unido, após uma complicada evolução, o

⁶⁷ Desenvolvidamente, sobre esta lei, que passou a ter esta designação em 2014, ECHMANN, H., FALCKENSTEIN R. VOGEL v., KÜHNE, M., *Designsgesetz*, 5ª ed. actualizada, Beck'sche Kurz-Kommentare; Band 45, BECK'S, Munique, 2015.

⁶⁸ Com mais pormenor, OTERO LASTRES, "Rasgos conceptuales del diseño industrial", FERNANDÉZ-NÓVOA, OTERO LASTRES, BOTANA AGRA (org.), *Manual de la Propiedad Industrial*, MARCIAL PONS, Madrid, 2013, pp. 345-347. GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual cit.*, p. 150.

Copyright, Designs and Patents Act de 1988, prevê uma cumulação parcial ainda mais restritiva. Protege-se o desenho não registado, desde que seja original, por um período de 15 anos após a criação, sendo requisito desta protecção a produção de um mínimo de 50 exemplares⁶⁹.

Em Portugal, o Código da Propriedade Industrial (CPI) determina, no seu art.º 200º, que qualquer modelo ou desenho registado beneficia, igualmente, da protecção conferida pela legislação em matéria de direito de autor, a partir da data em que o desenho foi criado ou definido, sob qualquer forma. A norma resulta da transposição literal do art.º 17 da DDeM e é repetida no art.º 96º, nº 2 do Regulamento (CE) Nº 6/2002, do Conselho, de 12 de Dezembro de 2001, relativo aos desenhos e modelos comunitários (doravante designado por RDM). Como acentua REMÉDIO MARQUES, Portugal limitou-se a transpor de forma acrítica a norma em causa, apesar de, quer a DDeM, quer o RDM, reconhecerem aos Estados-Membros completa liberdade para determinar o âmbito de protecção e as condições da mesma, incluído o grau de originalidade requerido para a protecção cumulativa⁷⁰. Esta redacção tem tradição

⁶⁹ Com mais pormenores, CORNISH, W, LLEWELYN, D., APLIN, T., *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights*, 8º ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2013.p. 535 ss; veja-se também GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual cit.*, p. 150-151. O Registered Designs Right de 1949, sucessivamente alterado, protegia os modelos e desenhos novos e originais. Todavia, o Copyright Act de 1956 excluía a protecção das obras de desenho através da protecção cumulativa. Caso o desenho ou modelo artístico fosse registado ou aplicado na indústria, perdia a protecção via *copyright*. Já o Copyright Act de 1968 permitia a possibilidade de o autor poder perseguir o contrafactor, independentemente de o desenho estar registado como tal. O sistema era bastante confuso e incongruente.

⁷⁰ MARQUES, REMÉDIO, *Bioteecnologias(s) e Propriedade Intelectual*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2007, p. 1237.



no nosso Direito de Autor, uma vez que o art.º 2º m, nº 1, al. i) do CDADC prevê como obras susceptíveis de protecção as obras de artes aplicadas, modelos ou desenhos industriais e obras de *design* que constituam criação artística, independentemente da protecção relativa à propriedade industrial. Nunca foi objectivo do Direito de Autor proteger apenas as obras puramente decorativas. Pelo contrário, como vimos acima, a função não é requisito de protecção (art.º 1, nº2), pelo que tanto se protegem as obras utilitárias (veja-se uma obra de arquitectura, uma peça de *design* traduzida numa cadeira, num copo, em vestuário, calçado ou carteiras), como as obras meramente decorativas. O facto de o Direito de Autor ser neutro do ponto de vista utilitário não significa que todos os desenhos e modelos mereçam protecção através deste. Estamos longe de defender uma teoria baseada num cúmulo absoluto. Os requisitos para apurarmos a existência de uma obra – a saber, criação, do espírito, por qualquer modo exteriorizada, original, no sentido de criativa (imputável subjectivamente ao autor), do domínio literário, artístico ou científico – e de um modelo ou desenho – a saber, aplicação a um produto, novidade e singularidade – não se confundem (cfr. art.º 1 ss CDADC e 173 ss CPI). Tanto mais, ainda, que o Direito de Autor, como regra, não exige qualquer registo para efeitos de protecção e apenas os desenhos e modelos registados merecerem protecção, com a importante excepção dos desenhos e modelos comunitários não registados, nos termos do RDM, mas que têm requisitos de protecção e duração completamente diversos do que se passa em matéria de Direito de Autor. Ainda, a obra protegida não tem que se aplicar a um produto, ao contrário

do que se passa em matéria de modelos e desenhos, em que a componente empresarial é decisiva. O produto em causa tem que poder ser reproduzido, hoje já não a nível industrial, mas, pelo menos, a nível artesanal. Já para não falarmos da filosofia em que assenta (pelo menos) o Direito de Autor continental, com todo o acervo de direitos morais que se entrelaçam e têm uma influência decisiva nos direitos patrimoniais⁷¹.

Em Portugal, conjugando o disposto no CPI (art.º 200º, que aliás refere “sem prejuízo da protecção pelo Direito de Autor”⁷² e o art.º 2º, nº 1, al. i) CDADC, uma obra artística aplicada à indústria é passível de ser protegida, em simultâneo, pelo Direito de Autor e pela Propriedade Industrial, como modelo ou desenho, desde que sejam cumpridos os requisitos de protecção de cada sistema. O sistema traduz-se num cúmulo parcial. Uma mesma criação estética só deve ser protegida se satisfizer os requisitos diversos e autónomos de cada direito, ou seja, da protecção como obra pelo Direito de Autor e da protecção como modelo ou desenho pelo Direito Industrial. Todavia, na prática, terminado o prazo de protecção como modelo ou desenho, ou seja, o prazo dos 25 anos, a protecção pode continuar através do Direito de Autor, cujo prazo de protecção é muito mais elevado (como regra, vida do autor e 70 anos após a sua morte, contados de 1 de Janeiro do ano seguinte ao ano da morte). COUTO GONÇALVES também considera que estamos perante

⁷¹ Em pormenor, vejam-se os nossos estudos: ROCHA, M.V., “A originalidade como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor” cit., pp. 339-368 e “Contributos” cit., pp. 733-792. Os ireitos morais entrelaçam-se e têm uma influência decisiva nos direitos patrimoniais.

⁷² GONÇALVES, L. M. COUTO refere que esta intromissão no Direito de Autor é “abusiva”, *Manual cit.*, p. 151; desenvolvidamente, o nosso ROCHA, M. V., “A protecção cumulativa” cit., pp. 883-898.

uma cumulação parcial, embora o o prazo máximo de protecção devesse ser de 25 anos, o que não resulta do direito constituído. O autor que tenha a sua obra simultaneamente protegida pelo direito de autor e pelos modelos ou desenhos, na prática pode continuar a gozar do direito de exclusivo do modelo ou desenho, mas via direito de autor. Por isso, COUTO GONÇALVES propõe uma solução de compromisso, *de iure constituto*, de analisar este direito de exclusivo, que permite aos seus titulares oporem-se a que outros concorrentes o possam usar, à luz do abuso de direito, como forma de salvaguardar o interesse público da livre concorrência.⁷³

Pela nossa parte, defendemos, tal como a doutrina e jurisprudência francesas, o princípio da unidade da arte, não concordando com a ideia de ter que haver maior altura criativa, à partida, só por as obras serem utilitárias. Em primeiro lugar, em zonas de fronteira é complexo definir se a obra é de arte aplicada ou de arte pura. O próprio art.º 54º CDADC é reflexo desta dificuldade, na transposição da Directiva sobre direito de sequência (*droit de suite*), dificuldade que vem da própria Directiva. O nº 1 do art.º 54º exclui do direito as obras de arte aplicada, mas o nº 2, bem vistas as coisas, volta a recolocá-las, em parte, como objecto de protecção, ao incluir os vidros, as cerâmicas e as tapeçarias. Por exemplo, uma tapeçaria no chão tem uma função utilitária, mas na parede é um objecto decorativo. O mesmo acontece com um prato que pode ser colocado a embelezar a parede ou servir para comer. O mesmo se diga dos vidros. Uma jarra pode servir para água ou como elemento decorativo para colocar pedras retiradas do

⁷³ GONÇALVES, L. M. COUTO, *Manual*, cit., pp. 151-152, e nota 346.

mar, ou por si só, ser um elemento decorativo (pense-se num vaso de René Lalique).

Mesmo que seja possível a separação, por a moda ter uma função utilitária, qual seria legitimidade para exigir maior criatividade para uma peça de vestuário de uma complexidade extrema, como as de Alexander McQueen, Balenciaga, ou Prada, por exemplo, quando o direito de autor protege as *Kleine Münze*, como um guia de televisão, uma colecção de receitas de como cozinhar arroz, um roteiro de parques campistas? Inclusive, há quadros e esculturas com muito menos complexidade criativa do que uma peça de vestuário do topo da pirâmide, acima referida. Sem uma norma expressa a reduzir os prazos de protecção, havendo protecção simultânea, não cremos que seja legítimo impor mais elevados graus de criatividade para protecção das peças de moda pelo Direito de Autor.

De qualquer modo, apenas os desenhos e modelos com carácter artístico, ou seja, com um mínimo de criatividade que os permita qualificar como obras para efeitos do Direito de Autor, podem ser abrangidos pela protecção cumulativa. Por muito singular que seja o desenho ou modelo, tal característica, por si só, não o habilita a protecção cumulativa. Se nunca foi uma obra de arte, não passará a ser tido como tal pelo facto de ser protegida como desenho ou modelo.

As diversas interpretações de um cúmulo intermédio, mais alargado ou mais restritivo, podem aumentar ou diminuir o número de casos em que o desfasamento de regimes seja causa de problemas complexos (cf., entre nós, as diferenças de regime quanto a saber quem é o titular dos direitos patrimoniais, no âmbito de um contrato de trabalho e no âmbito de um con-



trato de prestações de serviços, quando confrontamos o art.º 14º CDADC com o art.º 59º CPI, por força da remissão operada pelo art.º 182º CPI, podem conduzir a resultados completamente diversos)⁷⁴, pelo que seria de desejar uma clarificação por parte do legislador nacional a este nível; não podemos esquecer que os direitos privativos afectam a livre concorrência na UE, pelo que só devem manter-se quando tal se justifique. Em todo caso, trata-se apenas de uma questão de quantidade e não de solução do problema, que persiste enquanto não houver harmonização entre as soluções propostas pelo Direito de Autor e a Propriedade Industrial nos diversos países da EU. Como consequência desta falta de clarificação de regimes, não obstante o disposto na DDeM e no RDM, a doutrina e a jurisprudência dos mais diversos países que admitem o cúmulo parcial ou restrito têm encontrado formas bastante criativas para evitar que na prática funcione, nomeadamente, mantendo, de uma forma ou outra, um maior nível de exigência em matéria de criatividade, pese embora as directrizes decorrentes do Direito Comunitário em matéria de Direito de Autor, sendo relativamente poucos os casos em que, na prática, o cúmulo é admitido.

Outro cúmulo importante é a protecção simultânea da peça de moda como obra de arte e como marca e/ou como *slogan* publicitário, expressamente permitida pelo art.º 2º, nº1, al m.

⁷⁴ Vejam-se os nossos estudos, ROCHA, M.V., "A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho", [org. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra] *Congresso Empresas e Sociedades, Homenagem aos Professores Doutores Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 167-199; ROCHA.M.V., "A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho: soluções e problemas no direito português", *Actas de Derecho Industrial e Derecho de Autor, (ADI)*, Tomo 27, 2006-2007, pp. 353-380; ROCHA, M. V., "A protecção cumulativa" cit., pp. 883-898.

Pode haver, e muitas vezes existe, o cúmulo via protecção do nome, da marca, do logótipo e do nome de domínio e indicação de proveniência.

A protecção cumulativa através do *trade dress*, que se deveria fazer através da normas contra a concorrência desleal, tem, entre nós, a estranha exigência do art.º 240º CPI. De qualquer modo, protecção contra a concorrência desleal existe sempre como pano de fundo, quer como motivo de recusa de registos ou depósitos, quer como protecção subsidiária, transversal ao Direito de Autor e aos Direito Industrial e como importante forma de protecção do *know-how* e dos segredos de comércio e indústria.

A protecção cumulativa através dos nomes de domínio é hoje essencial pela importância que o comércio electrónico adquiriu no âmbito da moda.

9. A incidência da pirataria na moda

O fenómeno da pirataria, em geral, mas no âmbito particular da moda, está amplamente difundido, atingindo os direitos centrais que protegem a moda, ou seja, o *design*, seja sob a forma de violação de direitos de autor, seja sob a forma de violação dos modelos e desenhos e as marcas. A violação dos direitos de autor e da propriedade industrial, já habitual nas feiras, tornou-se num verdadeiro mercado paralelo, graças também ao comércio electrónico, que facilitou muito a circulação das falsificações. Dada a deslocalização da produção para a China, ou outros países do Sudeste Asiático, onde a mão-de-obra



é barata e o sistema de protecção de Propriedade Intelectual é muito frágil, se é que existe, é fácil que os projectos e as peças aí fabricadas saiam facilmente do contexto do segredo das empresas europeias e norte-americanas que para aí deslocam toda ou parte da produção, e sejam apropriadas por empresas locais, que a custo zero, em termos de *know-how*, pois que se baseiam na imitação, fabricam peças concorrentes a preços incrivelmente mais baixos. De entre os países do Sudeste Asiático, a China lidera a contrafacção, sendo a responsável por cerca de 70 % da contrafacção a nível mundial. Mas também há países peritos em contrafacção em zonas mediterrânicas, com liderança para a Turquia. A globalização permite que os produtos contrafeitos de origem chinesa ou outra, entrem na UE através de várias alfândegas mais débeis, como é o caso, em Itália, de Nápoles. O canal mais utilizado, normalmente, é o mar, em que os produtos contrafeitos vêm em contentores que são descarregados nestas alfândegas mais débeis. Portanto, em termos de contrafacção, não apenas está organizada a produção, como também a distribuição. Quanto aos pontos de venda, para além das tradicionais feiras, bancadas em festas populares, vendas nas praias e vendas em lojas físicas, hoje em dia a contrafacção não se faz apenas em canais de venda físicos, porque se podem adquirir com facilidade produtos contrafeitos através da *Internet*. Aliás, a *Internet* constitui um dos canais preferidos, graças, também, à possibilidade de anonimato. É frequente o recurso às lojas *online*, uma vez que a Directiva do Comércio Electrónico⁷⁵ dá origem a diversas interpretações

⁷⁵ Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho do Conselho de 8 de Junho de 2000, relativa a alguns aspectos jurídicos dos serviços da sociedade da informação, em particular o comércio electrónico no mercado interno (L. 178/1, de 17-07-2000).

quanto à responsabilidade dos intermediários. O problema principal do comércio electrónico está na impossibilidade física de ver o produto, que se adquire com base em reproduções fotográficas, muitas vezes retiradas directamente da casa-mãe, não permitindo ao comprador saber se o bem é original ou falso. No sector da moda o problema ainda é mais intenso, uma vez que os bens à venda são reproduções de marcas famosas e os consumidores, muitas vezes inconscientemente, mas muitas outras vezes de forma consciente e deliberada, adquirem o bem por força do valor simbólico atribuído à marca. Os operadores legais do sector sofrem, não apenas pela redução das vendas e da facturação, mas também danos ligados à sua imagem. Por isso, é fundamental, a nível de comércio electrónico, descobrir quem é que pode ser responsabilizado, distinguindo o provedor de serviços activo dos que têm uma função de meros intermediários⁷⁶. O intermediário é aquele cuja responsabilidade está limitada pelo art.º 14º da Directiva 2000/31 e isso depende do papel meramente passivo, técnico e automático, com a consequência de não controlar as informações transmitidas ou guardadas na memória. Este papel, todavia, foi posto em causa na jurisprudência francesa relativamente às controvérsias de Louis Vuitton e Cristian Dior Couture contra o eBay, pelo uso das suas marcas na venda mercadorias contrafeitas. O eBay, que baseia os seus próprios lucros no número de transacções efectuadas, não pode ser considerado um simples provedor de serviços, invocando a limitação da sua responsabilidade tal como é concedida a simples intermediários. Em ambos os casos o gestor do *site* da *Internet* foi considerado parte fundamental

⁷⁶ Cf. TJUE, 23 de Março de 2010, Google Adwords (C-236/08 e C-238/08).



das transacções entre vendedores e potenciais adquirentes e condenado⁷⁷. Mas as decisões estão longe de ser líquidas, embora o eBay tenha alterado o seu regulamento para garantir protecção contra a contrafacção e se tenha sempre mostrado muito colaborativo (ex: remoção proactiva da contrafacção evidente; remoção de publicidade relativa a objectos contrafeitos por relatados pelos proprietários das marcas; remoção dos *sites* de vendedores de objectos contrafeitos; colaboração com as autoridades legais, de modo que os contrafactores sejam perseguidos penalmente; aplicação de limites de venda para os objectos maioritariamente expostos à contrafacção; limitação das actividades dos vendedores de determinadas categorias; fornecimento de instrumentos gratuitos para os proprietários de direitos que permitam identificar a de modo eficaz a publicidade e de relata-la ao eBay para que sejam de imediato removidos)⁷⁸.

10. O modelo em que assenta a Propriedade Intelectual na UE é um modelo forte de protecção contra a pirataria. A digitalização e o desenvolvimento da Sociedade da Informação, com a difusão das obras e dos direitos da propriedade industrial em rede, implicaram o surgimento de novos Tratados, Regulamentos e Directivas para fazer face aos desafios tecnológicos,

⁷⁷ Trib. Com. de Paris, 30 de Junho de 2008, Louis Vuitton Malellier v. eBay, <http://www.zdnet.fr/i/edit/ne/2008/06/jugement-LVMH-ebay.pdf> (último acesso em 30.05.2017); Trib. Com de Paris, 30 de Junho de 2008, Christian Couture v. eBay, <https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-commerce-de-paris-1ere-chambre-b-jugement-du-30-juin-2008/> (último acesso em 30.05.2017).

⁷⁸ Vide <http://pages.ebay.com/help/policies/overview.html> e <http://pages.ebay.com/seller-center/listing/create-effective-listings/vero-program.html> (último acesso em 30.05.2017).

em particular na área do *software*, da indústria da música e da indústria audiovisual. No âmbito dos direitos de autor, consagraram-se dispositivos tecnológicos de protecção e de informação para a gestão dos direitos de autor e direitos conexos, regulados em Portugal, como nos restantes países da União Europeia, de acordo com os Tratados OMPI 1996 (respectivamente, arts. 11º e 12º do Tratado sobre Direito de Autor e arts. 18º e 19º do Tratado sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas) e a Directiva 2001/29/CE⁷⁹, relativa à harmonização de determinados aspectos dos direitos de autor e direitos conexos na sociedade da informação (arts. 6º e 7º). Inclusive, as medidas de protecção e os sistemas de informação foram regulados de forma tão intensamente protectora que colocam em causa o equilíbrio entre a protecção e as utilizações livres, criando um paradoxo, em que na sociedade da informação os utilizadores podem ficar pior do que na era analógica, por não lhes ser permitida a retirada das medidas de protecção e os sistemas de informação e gestão, mesmo para usos livres sem que cometam um crime com pena de prisão até um ano ou multa (cf. arts. 217º a 228º CDADC)⁸⁰.

⁷⁹ Doravante designada por InfoSoc.

⁸⁰ Desenvolvidamente, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed. Madrid, tecnos, 2007, pp. 2047-2051, em comentário ao art. 160º TRLPI; LEITÃO, L. M. TELES MENEZES, *Direito de Autor*, cit., p. 368; ROCHA, M. V., "Dispositivos tecnológicos de Protecção, Informações para gestão electrónica de direitos e utilizações livres no Direito Português: um desequilíbrio em desfavor dos utilizadores", *Actas de Derecho de Industrial y Derecho de Autor*, (ADI,) 33 (2012-2013), pp. 429-446; VICENTE, D. MOURA, "Direito de Autor e Medidas Tecnológicas de Protecção", APDI/ASCENSÃO, J. de OLIVEIRA (coord.), *Direito da Sociedade da Informação*, VII, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 506 e ss. Na prática, todavia, a efectivação dos direitos não se realiza em todos os países da EU, porque se há países onde a vigilância é menos apertada, pelo que raramente alguém é criminalizado, ou há menos propensão para bloquear conteúdos ilícitos, noutros

países, como na Alemanha, essa vigilância é muito apertada. Mais, é muito discutível, no contexto da EU e mesmo em Portugal, o que são utilizações privadas lícitas e o que são utilizações públicas, ilícitas.

No âmbito do Direito de Autor, com raras excepções a Sociedade da Informação actual traduz-se nos excessivos prazos de protecção concedidos aos autores e titulares de direitos de autor, bem como, mais recentemente, aos produtores e artistas musicais, pela transposição da Directiva 2011/77/UE do parlamento Europeu e do Conselho de 27 de Setembro de 2011, que alterou a Directiva 2006/116/CE relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos (Os artistas musicais e os produtores de fonogramas passam a ter um prazo de protecção dos seus direitos patrimoniais de 70 anos a contar da data da primeira divulgação).

Com uma duração excessiva, a comunidade é privada desproporcionalmente de desfrutar de bens culturais que ficam em regime de monopólio privado até à queda no domínio público. Para OLIVEIRA ASCENSÃO, por exemplo, o facto de a duração dos direitos patrimoniais de autor a nível comunitário ser já a vida do autor mais 70 anos contados a partir de 1 de Janeiro do ano a seguir à morte deste, é manifestamente excessivo. Tanto mais que a protecção poderá atingir 150 anos ou mesmo mais, basta pensarmos numa obra realizada na juventude de um autor que morre muito velho. Podemos acrescentar as situações de colaboração, em que o prazo começa a correr após a morte do último de uma série de colaboradores, e este morre em idade propecta. Temos que concordar que se trata de um absurdo. Isto, todavia, não é privativo do Direito de Autor. Como salienta o autor, o problema de fundo está na forma como se perspectiva o domínio público. Este não deve ser visto "como um cemitério de obras que perderam valor comercial: é antes o destino normal das obras, quando se esgotam as razões de atribuição de protecção autoral". Desta forma, há todo o interesse em que tais obras/prestações estejam disponíveis no domínio público, de modo a fomentar a criatividade e a evolução da comunidade. Aliás, no contexto da UE, as restrições à concorrência traduzidas nos direitos de exclusivo (economicamente, monopólios individuais) apenas se justificam porque a tutela da criatividade e do investimento que potenciam são benéficas, mas só enquanto forem benéficas. O ponto de partida e de chegada é sempre o da liberdade de acesso e uso dos bens culturais, cumprida a função autoral que justifica a concessão de exclusivos por um dado período, função essa também ressalvada no art.º 42º, nº 2 da Constituição. E isto também para protecção dos próprios consumidores. A hipertrofia dos direitos de autor, dos direitos conexos e do direito *sui generis* do fabricante da base de dados, em que se protege o investimento na organização de informação, faz-se sempre à custa da liberdade da concorrência e da protecção do consumidor. Com mais pormenor, ASCENSÃO.J. de OLIVEIRA, "A questão do domínio público" *Estudos de Direito de Autor e Interesse Público*, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2008, p.23 ss.

Há países em que se corta o acesso à *Internet* quando há uma violação, tornando os utilizadores em info-excluídos. Contam-se entre estas iniciativas a Lei HADOPI, em França⁸¹ e

A nível do direito industrial, a duração já é mais aceitável, 20 anos a contar do pedido para as patentes, 6 anos com duas renovações de 2 anos cada, ou seja, 10 anos para os modelos de utilidade, 25 anos para os modelos ou desenhos registados, com a limitação dos 3 anos para os modelos ou desenhos comunitários não registados. Quanto aos sinais distintivos, devem acompanhar todo o percurso da duração da empresa ou produto/serviço, pelo que têm uma duração indefinida.

Na União Europeia, a Directiva 2001/29 (InfoSoc) harmonizou vários aspectos do direito de autor e dos direitos conexos no mercado interno, em especial na sociedade de informação, prevendo no seu art.º 5º um conjunto de 21 limites e excepções ao direito de autor que implicaram alterações ao nosso art.º 75º CDA-DC. Tais excepções e limites são taxativos, e devem respeitar a regra dos 3 passos da Convenção de Berna. De qualquer modo, são limites e excepções bastante insatisfatórios, porquanto a maioria não se aplica no âmbito da sociedade da informação, ainda, por constituírem uma lista não obrigatória, o que implica que não haja harmonização dentro da EU em matéria de utilizações livres, como seria imperativo, porque não fica claro o que sejam usos privados e usos públicos, havendo forte incerteza a este nível e conflitualidade a este nível, por último, porque não é certo se deve ou não haver uma interpretação restritiva destas excepções e limites, pese embora seja essa a orientação preconizada pelo TJUE, o próprio tribunal já adoptou critérios mais flexíveis. Urge uma revisão desta Directiva. Aliás, a Directiva sobre obras órfãs surgiu para colmatar a rigidez desta enumeração taxativa, sobretudo quando interpretada de forma estrita, e os prazos excessivos de protecção (Directiva 2012/28/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro). Questiona-se se não seria melhor adoptar na EU um regime mais próximo do sistema de Copyright anglo-americano, contemplando o *fair use*, em vez de uma lista taxativa. Em pormenor, PEREIRA, A.L.DIAS, "O novo regime das obras órfãs", *Revista de Direito Intelectual*, 1, (2016), p. 31 ss; RENDAS, TITO, "Fair Use Na União Europeia (ou os estereótipos das Copyright Wars)", *Propriedades Intelectuais*, 3 Junho (2015) pp. 26-39.

⁸¹ Para uma visão global da lei: http://en.wikipedia.org/wiki/HADOPI_law, consultada em 30.4.2016.

Leis SINDE e LASSALLE⁸², em Espanha⁸³, projectos PIPA⁸⁴ e SOPA⁸⁵ e Tratado ACTA⁸⁶.

A violação, tanto de direitos de autor como de direitos da propriedade industrial, pode implicar crimes, com molduras penais excessivamente elevadas, em especial no caso dos direitos de autor, contra-ordenações e responsabilidade civil. Há também sanções acessórias, designadamente de perda dos objectos pirateados e possibilidade de intentar providências cautelares⁸⁷.

11. Apesar de a cópia ser sistemática, ao contrário do que aconteceu com a indústria do *software*, a indústria musical e a indústria audiovisual, a indústria da moda apenas embarcou numa forte reacção contra a pirataria em matéria de marcas e demais sinais distintivos pirateados. Nos EUA, inclusive, o Council of Fashion Designers of America (CFDA) não menciona

⁸² <https://hipertextual.com/2013/03/que-es-la-ley-lasalle>, consultada em 26.06.2016.

⁸³ Para uma visão global da lei: http://en.wikipedia.org/wiki/Ley_Sinde, consultada em 30.04.2013.

⁸⁴ Para uma visão global do projecto: http://en.wikipedia.org/wiki/PROTECT_IP_Act, consultado em 30.04.2015.

⁸⁵ Para uma visão global do Projecto: http://en.wikipedia.org/wiki/Stop_Online_Piracy_Act, consultado em 30.04.2015.

⁸⁶ Para uma visão global do Tratado, que não está em vigor por falta das necessárias ratificações: http://en.wikipedia.org/wiki/Anti-Counterfeiting_Trade_Agreement, consultado em 30.04.2016.

⁸⁷ A forte protecção, quer a nível de direito de autor, quer a nível de direitos da propriedade industrial resultou da transposição para o ordenamento português da Directiva 2004/48/CE de 29 de Abril, do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o respeito dos direitos de propriedade intelectual, mais conhecida como Directiva do *Enforcement*, operada pela Lei n.º 16/2008, DR de 01-04-08. Cf. arts. 195º a 228º CDADC e arts. 320º a 345º CPI.

“Piracy” ou “IP Rights”, no seu *website*⁸⁸. Isto é apenas o resultado do que muitos, na indústria da moda, têm observado: que a liberdade de copiar é tomada como garantia⁸⁹.

Enquanto nos EUA a protecção da moda através da Propriedade Intelectual parece ser mais frágil por não estar protegida pelo *Copyright*, na UE a Directiva 98/71/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1998, inclui a possibilidade de cúmulo, total ou parcial pelo menos em teoria o sistema europeu parece bastante mais protector.

Perante um regime fraco de direitos da propriedade intelectual, como é o caso dos EUA, e um regime forte, como aparenta ser o regime que vigora na UE, dever-se-ia notar uma influência na indústria da moda. Esta tenderia a estar estagnada nos EUA e a desenvolver-se muito na UE. Mas não é isso que acontece. Não há grandes variações de comportamento.

Além disso, o mercado é global, as empresas trabalham em todas as jurisdições, nomeadamente as com legislação menos protectora, como é o caso dos EUA, ou, aparentemente, mais protectora, como é o caso da UE. Todavia, a indústria dos EUA continua florescente e a imitação efectua-se nos dois sistemas⁹⁰.

⁸⁸ <http://www.cfda.com>, consultado em 30.05.2017.

⁸⁹ RAUSTIALA, K., SPRINGMAN, C., “The piracy paradox”. cit. p. 1716.

⁹⁰ A *Internet* é mundial, os direitos de propriedade intelectual são territoriais. No contexto dos direitos de autor, por exemplo, pensemos na diferença entre o *fair use*, próprio dos países anglo-saxónicos, e nas limitações e excepções taxativas e não harmonizadas, mesmo na UE, previstas na Directiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos dos direitos conexos na sociedade da informação (Info-Soc). Pense-se ainda na duração dos direitos patrimoniais, harmonizada na UE, por regra, de 70 anos a contar de 1 de Janeiro do ano seguinte ao da morte do autor, e das regras dos países que apenas aderiram à Convenção de Berna, com os 50

Note-se que nos EUA não há qualquer dogma em não proteger via direitos de autor as obras utilitárias. Trata-se apenas de uma opção de política legislativa. A protecção do edifício em três dimensões é possível desde 1990 (Architectural Works Copyright Protection Act (AWCPA)).⁹¹

Apesar da ampla possibilidade de protecção legal na EU, não há muitos litígios na Europa envolvendo *design* de moda e podemos observar cópia em larga escala, inclusive, há empresas a vender vestuário e acessórios similares tanto na União Europeia como nos EUA. Os dois maiores *fashion copists* europeus, a H&M (de origem sueca) e a Zara (de origem gale-

anos de protecção a partir da morte do autor. Cria-se uma enorme insegurança porque, em função da lei aplicável, o resultado pode ser completamente diverso em termos de protecção. Tanto mais que a matéria de moda há países como os EUA onde esta não é protegida através do Direito de Autor/Copyright. Seria necessária uma harmonização das leis nacionais, mediante tratados, para garantir idêntica protecção a nível global. Aliás, dentro da UE urge também harmonizar esta matéria, em função das deficiências da Directiva InfoSoc, tal como já aconteceu com as obras órfãs. Sobre as questões gerais de Direito Internacional Privado leia-se VICENTE, D. MOURA, *Direito Internacional Privado*, Ensaios, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2010. Neste âmbito são particularmente importantes os Regulamentos Roma I e Roma II, quanto à lei aplicável em matéria contratual e extracontratual na EU e o Regulamento (UE) 1215/2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Quanto à questão relativamente à lei de protecção aplicável às criações de moda pelo Direito de Autor, ABREU, L. CARVALHO, "Reconhecimento e Lei Aplicável às Criações de Moda pelo Direito de Autor" cit., pp. 164-168.

⁹¹ L. n.º 101-650, 104 Stat. 5089, em vigor desde 1 de Dezembro de 1990. Deste modo, houve uma aproximação ao antigo caso *Mazer v. Stein*, de 1954, em que foi decidido que uma estatueta usada como parte de uma base de uma lâmpada podia ser protegida pelo *copyright* (347 U.S. 201, 1954) que protegeu uma obra artística utilitária. Desenvolvidamente, RAUSTIALA, K.; SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox", pp. 1745-1751. Aliás, o que aconteceu com as obras de arquitectura aconteceu com a protecção através de um direito *sui generis* no caso da protecção Topografias dos produtos semicondutores (SCAPA, de 1984, sucessivamente alterado) e dos cascos dos barcos (*Boat Hulls*), (VHDP), parte do Digital Millenium Act.

ga), com centenas de lojas a retalho e de vendas *online*, são empresas europeias que, depois do enorme sucesso obtido na Europa, se expandiram para os EUA. Há poucos casos famosos de disputas em razão da pirataria em matéria de direitos de autor. As empresas normalmente actuam a um nível global, em diferentes jurisdições. A compra de retalhistas dos EUA muitas vezes ocorre na UE e vice-versa, sobretudo quando estamos perante o comércio *online*. A diferença nas regras jurídicas aplicáveis não tem efeito na prática que regula a inovação e a concorrência em cada uma das jurisdições.

12. Mas quais serão as razões por trás deste fenómeno? Várias tentativas de explicação têm sido ensaiadas. São amplamente divulgadas as posições de RAUSTIALA e SPRIGMAN, embora haja outras. Para este dois autores há duas explicações básicas para o que consideram ser um *Piracy Paradox* no mundo da moda.

12.1. À primeira denominam *Induced Obsolescence*⁹². Há muito que já não se compra por necessidade, mas, graças ao impacto da publicidade e a uma sociedade em que se vive da imagem, se compra para ter um determinado estatuto social. Estes bens são denominados pelos economistas como *positional goods/beni posizionali*, bens posicionais⁹³. São valorizados

⁹² RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox" cit., pp. 1718-1728; RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., *The knockoff economy*, cit., pp. 39-47.

⁹³ EASTERLIN, R., "Does Economic Growth Improve the Human Lot? Some Empirical Evidence", *Nations and Households in Economic Growth: Essays in Honor of Moses Abramovitz*, Academic Press, Nova Iorque, 1974, pp. 90-93; BRUNI, L., ZARRI, *La grande illusione false relazioni e felicità nelle economie di mercato*, working paper n° 39, Março de 2007, www.aiccon.it. (último acesso em 30.05.2017); RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox" cit., pp. 1718- 1721; RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., *The knockoff economy* cit., pp. 39-44.

pela percepção que os outros têm deles. O que se compra é, em parte, função daquilo que os outros, cujo *status* queremos ter, também compram. Ou seja, os bens são comprados para se fazer parte de uma elite, a que poucos podem aceder, para que haja uma pertença a essa elite e uma separação da classe média ou do povo. A exclusividade, ou a relativa exclusividade, é o que move a compra. O fenómeno não é único da moda, verifica-se também em muitas outras áreas: *resorts* turísticos a que só poucos podem aceder, carros e casas que só poucos podem comprar, prática de desportos de elite, etc.

Voltando à moda, determinados estilos de moda e determinadas marcas oferecem prestígio. Por exemplo, uma peça de Alexander McQueen, Prada, Gucci, ou Balenciaga, para mencionarmos apenas alguns dos maiores estilistas. A peça só é valorizada se e na medida em que permite ao seu utilizador destacar-se da multidão. Quando se compram *positional goods* ou *beni posizionali*, bens posicionais, ou seja, bens de luxo cuja utilidade não está tanto ligada ao seu uso mas ao facto de o consumidor, ao adquirir estes bens, adquirir, sobretudo, uma espécie de etiqueta, um certificado de *status* económico⁹⁴, um certo nível social, conduz a que se a peça se difundir, o prestígio da mesma diminua. Os sociólogos também estudam o fenómeno. À medida que a peça de moda se multiplica e difunde, tende a atingir o seu fim. Por um lado, porque as cópias, muito mais baratas, podem ter uma qualidade inferior, o que, indirectamente, atinge a peça inicial. Por

BERGAMASCHI, ob. cit. ob., cit. pp. 17-18; PALMA, C., ob., cit., <http://www.studiotorta.it/premio/pdf/tesi2015/tesi/2014-CristinaPalma-Lacontraffazione-del-mar-chionellabbigliamentoenegliaccessori.pdf> (consultada em 9.06.2017, pp. 4-5).

⁹⁴ PALMA, C., ob. cit., p. 5.

outro lado, porque a elite que comprou as peças exclusivas ou quase exclusivas (*fashionistas*), perde o interesse pelas peças, uma vez que pode encontrar, e hoje em dia cada vez mais, imitações idênticas, ou quase idênticas, em todo o lado (*look alikes*, *knockoffs*). Com as possibilidades que a tecnologia hoje oferece, vai ser difícil separar e identificar a peça inicial das imitações, pelo que aquilo que inicialmente era *moda*, com a utilização pela generalidade das pessoas passa a *tacky*. Ou seja, a liberdade de apropriação dos *designs* e estilos de moda acelera a sua difusão. Os modelos são copiados e usados em obras derivadas, que passam a comprar-se em larga escala. Com a cópia, a possibilidade de obter o reconhecimento social, com um investimento mínimo, entusiasma os sujeitos de qualquer faixa económica a comprar peças falsas que hoje em média são cada vez mais cuidadas nos detalhes, chegando a confundir-se com os originais, conduzindo a que aumente o número de mercadorias contrafeitas em circulação. Ou seja, a partir de um certo ponto dá-se a inflexão e a difusão dilui o valor posicional do produto, que já não é mais desejado pela elite. Essa elite passa para outros produtos, esses produtos voltam a ser copiados e a perder o interesse da elite, e assim se entra num processo cíclico. A apropriação livre conduz à difusão e a que a moda se torne rapidamente obsoleta, pela cópia generalizada. Há aqui um paradoxo, porque a contrafacção, que se traduz num mercado paralelo, e leva à perda e imensas quantias de dinheiro, conduzindo a que o produto perca o seu papel posicional, ao mesmo tempo incentiva a inovação. Os estilistas de moda são obrigados a responder a esta obsolescência com novos desenhos, novos modelos, no-



vas tendências. Paradoxalmente, segundo RAUSTIALA e SPRIGMAN, a pirataria beneficia os estilistas, implicando inovação e vendas adicionais. Ao mesmo tempo, a cópia conduz à venda de versões menos caras, que passam a ser compradas por consumidores que, de outra forma, não as poderiam adquirir. O produto deixa de poder pertencer apenas a uma elite.

A marca pode continuar a exercer este papel posicional, distinguindo a elite das massas, mas é necessário que a marca seja patente, ou seja, visível, o que muitas vezes não acontece, porque a marca está apenas no interior do vestuário. Se a marca é visível, é mais fácil distinguir o original da cópia. A contrafacção em matéria de marcas e sinais distintivos é alvo de um mercado paralelo de contrafacção originária sobretudo da China, do Bangladesh e da Turquia, sendo certo que há uma forte reacção contra marcas alvo de contrafacção. A visibilidade da marca no vestuário, calçado, carteiras ou acessórios, que é um fenómeno crescente, ajuda a diminuir o grau de obsolescência, dissipando, em alguma medida, o mesmo. De qualquer modo, sendo a obra simultaneamente protegida pelo Direito de Autor, entre nós, e na UE, e pelos modelos e desenhos, o titular dos direitos de autor e dos direitos sobre modelos e desenhos pode sempre reagir por essa via. O que é mais um motivo para diminuir o grau de obsolescência (ex.: imitação de um modelo da Chanel). Desse ponto de vista, o facto de termos um Direito Intelectual mais forte do que os EUA pode fazer a diferença. Todavia, voltamos a recordar, são poucos os casos que vão a Tribunal por violação do direito de autor ou dos modelos ou desenhos, quando comparados com as cópias que inundam o mercado.

Os autores cuja posição estamos a expor reconhecem que se as cópias se podem distinguir do original o efeito de obsolescência diminui acentuadamente.

Em vários casos, não estamos perante cópias servis, mas perante novos vestuários, calçado ou acessórios que se apropriam de alguns aspectos do modelo original e os transformam. Caso não se copiem meras tendências, mas estejamos perante obras derivadas, como regra geral, contida no art.º 3º do CDADC, tais obras necessitam da permissão do autor ou titular de direitos de autor da obra original. Se tal não acontecer, estamos perante o crime de usurpação previsto no art.º 195º do CDADC (que se deveria chamar de crime de contrafação, embora o art.º 196º, onde está previsto o crime de usurpação tenha como epígrafe “Contrafacção”. Se estiver em causa um modelo ou desenho protegido, não tendo sido concedida, sequer, uma licença, estamos perante o crime de “contrafacção” previsto no art.º 322º CPI.

Curiosamente, a possibilidade de realização de obras derivadas, sem autorização dos titulares de direitos, que se traduz nos *look alike* ou *knockoff*, embora sendo actos de imitação, implica uma acrescida e substancial criatividade que leva ao consumo de peças por parte dos que preferem variações da peça original. Se as peças derivadas se mantêm visivelmente ligadas aos desenhos originais, também ajudam a que a peça original seja consumida em maior escala, acelerando a obsolescência desta, que vai perdendo o seu carácter de produto posicional⁹⁵.

⁹⁵ RAUSTIALA, K., SPRINGMAN, C., “The Piracy Paradox” cit., p. 1772-1724; RAUSTIALA, K., SPRINGMAN, C., *The knockoff economy*, cit., pp. 44-45



O modelo que RAUSTIALA e SPRIGMAN defendem tem alguns pressupostos que, todavia, muitas vezes se verificam. Em primeiro lugar, pressupõem que exista um *gap* entre a peça inicial e a peça copiada, o que permite ao autor da peça original já ter ganho a parte de leão dos lucros antes que comecem a surgir as cópias. Este argumento, conhecido como *first mover*, se era verdadeiro nas décadas passadas, hoje não tem grande fundamento, na medida em que as peças hoje são copiadas de forma muito rápida e de forma muito fácil. Os próprios autores reconhecem que se o *gap* deixar de existir, por certo que, mesmo nos EUA, haverá um reforço da tutela da Propriedade Intelectual a este nível, e cada vez haverá mais acções no contexto nacional e da UE, uma vez que a cópia pode tornar-se prejudicial para os próprios criadores iniciais⁹⁶. Hoje em dia, em regra, esse *gap* já não existe. Com o advento da era digital, a *Internet* e o comércio electrónico, tal como aconteceu no *software*, na música e no audiovisual, a pirataria tornou-se muito mais fácil também na indústria da moda. Instantaneamente, as passagens de moda podem ser vistas em páginas *web* como a *Vogue.com* ou a *Style.com*, que mostram fotografias de cada desfile de moda imediatamente depois do desfile ou poucas horas depois. Quem vai aos desfiles de moda também tira fotografias durante os mesmos e faz o seu *upload* para a *Internet*, nomeadamente para os *Blogs* de moda, o *Facebook*, o *Twitter* ou o *Instagram*. Com as fotos acessíveis na *Internet* a toda a gente e em todo o mundo, a imagem pode ser de imediato transmitida para a fábrica que, com o uso de *software*, transfor-

⁹⁶ No mesmo sentido, RAUSTIALA, K., SPRINGMAN, C., ob. cit. pp. 40-41, nota 64.

ma o *design* num padrão que começa a ser produzido em massa por uma fracção mínima do preço das peças originais, mesmo semanas ou meses antes de o original estar à venda para o público. Estamos em pleno domínio da *fast fashion*.⁹⁷ Grandes cadeias de retalhistas que vivem destas imitações, *look alike*s, ou *knockoffs*, como a Forever 21 (de origem americana), a H&M (de origem sueca) ou a ZARA (de origem galega), a Topshop (inglesa) por exemplo, operam desta forma. Mas a estas empresas acrescem muitas outras que funcionam da mesma maneira. E aqui ainda é possível fazer ulteriores distinções. Por exemplo a ZARA tem peças muito mais interessantes do que a H&M e pratica, em regra, em Portugal, preços mais elevados. Mesmo nos níveis mais baixos da pirâmide, dá mais prestígio ter uma peça da ZARA do que da H&M, da Stradivarius, da Primark ou da Lef-ties, por exemplo. Ter uma peça da ZARA, no segmento jovem, é muito mais prestigiante do que destas outras empresas.

É importante salientar que, se é um facto que as obras derivadas se vendem em larga escala e para diferentes públicos, muitas empresas de peças de elite, utilizam este modelo de negócio, diferenciando as suas marcas consoante o estilo e o preço das peças. Ou seja, em vez de serem os concorrentes, são as próprias empresas que desenvolvem as peças iniciais a utilizar esta estratégia. Muitas empresas optam por esta estratégia como a Armani, a Dolce & Gabbana, a Moschino. Os temas das peças *premium* são desenvolvidos nos segmentos mais baixos, com materiais mais baratos, preços mais acessíveis e opções para mais gostos. É usual que as

⁹⁷ A propósito, com mais detalhe, veja-se CALLAHAN, CASEY, E., "Fashion Frustrated: Why the Innovative Design Protection Act is a Necessary" cit., pp. 208-210.

diferentes linhas adotem diferentes marcas, para não diluir o prestígio da marca. A empresa Armani, por exemplo, tem cinco linhas distintas. Há, todavia, muitas empresas que não aderem a este modelo de integração vertical, com receio de que as suas marcas de elite sejam prejudicadas. É usual utilizar a expressão *bridge lines* para designar esta estratégia de negócio. RAUSTIALA e SPRIGMAN consideram que as empresas que se copiam a si próprias, mesmo usando marcas distintas, com diferentes identidades, têm que ser muito cuidadosas, porque o prestígio da marca pode ser seriamente afectado. O consumidor de topo não apreciará a estratégia. Uma coisa é ver um estilista famoso ser copiado pela Forever 21, por exemplo, outra coisa é ser o próprio estilista a fazê-lo.⁹⁸

De qualquer modo, esta estratégia não impede a tolerância que se nota relativamente à pirataria. Segundo RAUSTALIA e SPRIGMAN, a rápida difusão leva a que os consumidores iniciais se desinteressem dos produtos posicionais, procurando novos modelos e desenhos à medida em que as peças originais são copiadas, o que desencadeia outro ciclo de moda acelerado pela pirataria.⁹⁹

Fazem, no entanto, duas ressalvas. Por um lado, embora a indústria da moda seja sazonal, há peças que permanecem ao longo dos tempos. Há produtos da moda que têm uma vida comercial longa e que não mudam, ou mudam pouco (pense-se, por exemplo, nos cachecóis da Burberry, ou no tradicional casaco Chanel). No caso destas peças básicas, que permane-

⁹⁸ Cf. RAUSTIALA, K., SPRIGMAN, C., "The Fashion Paradox" cit., pp. 1724-1726; RAUSTIALA, K., SRIGMAN, C., *The Knockoff Economy*, cit., pp. 54-55.

⁹⁹ RAUSTALIA, K, SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox, pp. 1726-1727; RAUSTALIA, K, SPRIGMAN, C., *The Knockoff Economy*, pp. 44-47.

cem ciclo após ciclo, a indústria da moda não é sazonal. Pelo que a indústria da moda não fica obsoleta, mesmo com a cópia. Por outro, talvez o facto de não haver reacção, em regra, por parte dos criadores iniciais quando há cópia, se deva ao facto de eles próprios se copiarem entre si. A empresa que estabelece a tendência numa época pode seguir uma tendência ditada por outra empresa na época seguinte. É difícil prever com antecedência qual será a empresa em causa. Esta incerteza que existe *ex ante*, ainda por cima numa indústria sazonal, leva a que as empresas tendam a não reagir contra a cópia¹⁰⁰.

Aparentemente o argumento utilizado pelos autores parece válido: a cópia fomenta a criação e acelera os ciclos, conferindo dinâmica à actividade económica.

Pela nossa parte, embora compreendendo este argumento apresentado pelos autores, cremos que há que fazer várias ressalvas.

Desde logo, a *fashion immediacy*, ou *fast fashion* por certo não será do agrado dos grandes estilistas, que podem ser muito prejudicados em termos económicos e, no contexto do Direito de Autor, em termos de direitos morais de autor. Qualquer pessoa que diga que a moda não pode ser arte, por certo não viu peças de alta-costura de Alexander McQueen ou de Marchesa, por exemplo. Ou, entre nós, as peças dos StoryTailors. Tal como um quadro, ou uma escultura, a moda pode atingir níveis de sofisticação e de complexidade semelhantes. Por outro lado, os quadros de Jackson Pollock ou Mark Rotho podiam muito bem ser tecidos para peças de vestuário. Por isso nos faz confusão a exclusão da moda pela protecção via Direito de Autor e a exigência de maior altura criativa nas obras ditas de “arte aplicada”.

¹⁰⁰ *Idem, ibidem.*

Portanto, o criador original, ao ser copiado, pode ser prejudicado em termos económicos e também em termos de direitos morais, mesmo quando não há violação do seu direito de paternidade (art.º 11º ss e 27º ss CDADC), por as cópias ostentarem marcas diversas, pode ser violado o direito de genuinidade e integridade, previsto entre nós no art.º 56º, nº 1 CDA-DC, por a modificação não autorizada atentar contra a honra e reputação do estilista inicial.

Mas há prejuízos económicos que não devem ser secundarizados, embora RAUSTALIA e SPRIGMAN o façam. Há vários exemplos que podemos referir. Um deles é o exemplo muito divulgado de Foley e Corinna v. Forever 21. Em 2007 Paris Hilton apareceu vestida no *The Late Show* de David Letterman com um vestido floral das estilistas. Depois do *show*, a retalhista de *fast-fashion*, Forever 21, começou a vender vestidos extraordinariamente semelhantes por \$40; o vestido original, embora não muito caro, custava dez vezes mais. Os vestidos começaram a aparecer na *Internet* um ao lado do outro e, entrevistadas pelo *New York Post*, as estilistas originais declararam que era horrível o que lhes tinham feito. Que compreendiam que aquelas empresas gigantes empregassem estilistas, cujo trabalho é desenhar, e que compreendiam completamente que fossem influenciados ou inspirados por elas ou por outros, porque acontece com toda a gente. Mas não era o caso, os estilistas que fizeram o trabalho para a Forever 21 deveriam estar envergonhados, porque não estavam a fazer *design* mas a furtar *design*.¹⁰¹ Este caso está longe de ser único, todos os dias há peças copiadas, reinterpretadas e pretendendo ser seme-

¹⁰¹ A história é descrita por RAUSTIALA, K, SPRIGMAN, C., *The Knockoff Economy* cit., pp. 19-20.

lhantes às de outras empresas. A prática está tão espalhada que a Marie Claire tem uma secção “Splurge v. Steal” em que compara uma versão cara de um *design* a uma versão muito mais barata. Muitas vezes as versões não se conseguem distinguir¹⁰². Empresas como a Allen B. Schwartz e Faviana têm o seu modelo de negócio baseado na cópia e reinterpretação de *designs* marcantes¹⁰³. Isto já para não referir empresas chinesas *online* como a Dresslily.com¹⁰⁴, ou a Rosegal.com¹⁰⁵, que vendem para todo o mundo sem custos de envio e a preços muito baixos. Aliás, muitas lojas *online* que aparecem no Facebook adquirem os seus produtos nestes grandes retalhistas chineses e, para os que desconhecem a origem, os preços são ainda considerados muito baixos. De qualquer forma, há que deixar bem claro que há uma grande diferença entre imitação servil ou plágio, que constituem actos de pirataria e são criminalizados na UE e simples fontes de inspiração. Os estilos e as tendências não são protegidos pelo Direito de Autor. Pelo que, se alguém se limita a fazer uma peça de moda inspirada num determinado estilo ou tendência da época, sem passar pela cópia ou reinterpretação de um *design* concreto, não pode-

¹⁰² Cf <http://www.marieclaire.com/fashion/tips/g93/splurge-spring/>, (último acesso em 30.05.2017).

¹⁰³ RAUSTIALA, K, SPRIGMAN, C., *The Knockoff Economy* cit., p. 20. Sobre Allen B. Schwartz <http://fashion.infomat.com/allen-b-schwartz-designer.html> (último acesso em 30.05.2017); sobre Faviana <http://www.newyorkdress.com/Faviana.html?gclid=Cj0KEQjwg47KBRdk7LSu4LTD8eEBEiQAO4O6r1wqzemNMkUeddsBDaSaEDPmFACUJyiRYmTOK7T9IXAaAlt58P8HAQ> (último acesso em 30.05.2017).

¹⁰⁴ https://www.dresslily.com/?utm_source=shareasale, (último acesso em 30.05.2107).

¹⁰⁵ http://www.rosegal.com/?utm_source=webgainsusa&siteid=183375, (último acesso em 30.05.2017).



mos dizer que haja uma obra derivada realizada sem a devida autorização, nos termos do art.º 3º CDADC, mas sim algo de livre apropriação, nos termos do nº 2 do art.º 1º CDADC. É o mesmo que copiar um quadro de Picasso, ou fazer um quadro utilizando o cubismo como método. A generalidade das peças vendidas pelas grandes cadeias de *fast-fashion* como a Zara, a H&M, ou a Forever 21, baseiam-se em tendências e inspiram-se em estilos, mas não são cópias totais, nem parcelares de determinados *designs*. Apenas quando sejam cópias ou plágio há pirataria e violação dos direitos de autor. O mesmo se passa no domínio dos modelos ou desenhos.

Mas voltando às situações em que há verdadeira pirataria, se há *designers* que se sentem lisonjeados pela cópia e que têm uma implantação no mercado que não afecta a estabilidade das suas empresas, os criadores mais jovens e menos conhecidos, a lançar-se no mercado, podem ser decisivamente afectados pela cópia das suas criações de alta-costura, sendo obrigados a fechar as suas pequenas empresas em virtude da não existência de um *gap* entre o momento em que lançam as suas criações e o momento em que as mesmas são copiadas, não conseguindo ganhar o suficiente para se manterem no mercado. Portanto, nesses casos, a pirataria pode ser decisiva no sentido de acabar com o negócio¹⁰⁶ e não no sentido de estimular a criatividade e melhorar a indústria da moda.

O impacto das novas tecnologias na moda, liberalizando o acesso às colecções apresentadas nas semanas da moda através de fotos colocadas *online* muito antes da sua exposi-

¹⁰⁶ Sobre o tema veja-se também BARRÈRE, C.; DEIABRUYERE, S. "Intellectual Property Rights on Creativity and Heritage: The Case of the Fashion Industry", *European Journal of Law and Economics*, December 2011, Vol. 32, nº3 (2011), pp 305–339.

ção em loja, juntamente com a aplicação de novas técnicas de confecção (mais rápidas), leva a que as cópias sejam produzidas em pouco tempo, o intervalo de que as marcas pioneiras dispunham é menor, podendo não ser suficiente para rentabilizar o produto antes que se torne obsoleto. Em casos extremos podemos encontrar réplicas à venda em loja antes do modelo original. Em resposta a estas práticas, surge na moda um novo conceito, “fashion immediacy”: as marcas de estilistas com maior ou menor dimensão implementam um conceito que constitui uma adaptação do modelo de *fast fashion*. Neste conceito são disponibilizadas as peças de imediato, seguindo o desfile de apresentação da colecção cápsula, ao invés do usual em que apenas passados meses serão comercializadas. A venda é, sobretudo, feita *online* e em lojas específicas com um número limitado de unidades. Foram várias as marcas que já aderiram (Tommy Hilfiger, Burberry) e que obtiveram resultados de vendas bastante positivos, esgotando algumas peças de imediato. Trata-se de uma estratégia que propicia a compra impulsiva, motivada por toda a atenção mediática que é dada a estes eventos e que responde aos padrões de consumo atuais, muito influenciados pela *fast fashion*.

Ainda que actualmente, devido à exposição possibilitada pelas redes sociais, os desfiles sejam mais para os consumidores e menos para os retalhistas, o *see now, buy now* deve ser desenvolvido como um novo modelo operacional e não apenas uma estratégia de *marketing*. Todavia, apenas empresas com grandes estruturas poderão desenvolvê-lo de forma sustentável, visto que o investimento necessário para produzir peças com igual qualidade num tão curto espaço



de tempo é elevado. As marcas vêm-se obrigadas a desenvolver novas práticas; ainda que a capacidade de se reinventar seja positiva, esta operação revela as fragilidades da aceleração dos processos¹⁰⁷.

Há ainda quem conteste, a nosso ver, com razão, que a cópia implique um desenvolvimento da criatividade, facto que é tido por assente por RAUSTIALA e SPRIGMAN. Para CALLAHAN, por exemplo, se um *designer* sabe que as suas criações vão ser copiadas sem sanções, ele tenderá a colocar menos esforço e criatividade nas peças que produz¹⁰⁸. Além disso, a tentativa de protecção pelo direito de marcas através da colocação das marcas no *design*, na medida em que exige que a marca seja visível, conduz a que haja artigos cada vez mais *logo-heavy*. Os estilistas são forçados a colocar um tampão na sua criatividade, que tem como resultado que a moda se torne menos algo ligado à auto-expressão e mais algo ligado à publicidade de marcas. Isto empobrece o vocabulário comunicativo da moda, levando a uma substancial diminuição da riqueza da diversidade de mensagens e a que a moda passe cada vez mais a ter uma função de conferir estatuto. O facto afecta todos, estilistas, consumidores e a própria indústria da moda¹⁰⁹. Apenas se ressalvam os estilistas que trabalham em certos nichos de mercado, que não são copiados, porque são do agrado apenas de alguns fãs. Pense-se em Agatha Ruiz de la Prada, ou as lojas “The”, que apostam num público muito específico. Aliás, o público em ge-

¹⁰⁷ SHERMAN, L. “The State of Fashion Immediacy” 11/04/2017. <https://www.businessoffashion.com> (último acesso em 30.05.2017).

¹⁰⁸ CALLAHAN, E. CASEY, “Fashion Frustrated” cit., p. 202.

¹⁰⁹ CALLAHAN, E. CASEY, “Fashion Frustrated” cit., p. 203.

ral considerará que o que se vende nas lojas “The” em Portugal é feio e extraordinariamente caro. Por não haver identificação do público em geral com estas peças, elas não são copiadas, nem as suas tendências são seguidas.

12.2. RAUSTIALA e SPRIGMAN referem o “anchoring” como outra razão para que a indústria da moda, mesmo em sistemas mais protectores como o da UE, não reaja com intensidade contra a pirataria, tal como acontece em sistemas de protecção fracos, como é o caso dos EUA. *Anchoring* é um conceito que surge no processo de tomada de decisões. É definida a informação base a partir da qual serão realizadas as escolhas subsequentes, ou seja, é delimitada a informação que funcionará como âncora.

A ideia é a de que os consumidores saibam quando termina um ciclo e se inicia uma nova tendência. Na definição de uma tendência há muitos actores envolvidos, desde observação e cópias de *designs* de empresas rivais, desfiles de moda, os mais importantes em pontos cruciais, como Nova Iorque, Milão ou Paris; comunicação com grossistas e empresas chave de retalho, publicidade nos diversos meios de comunicação social, quer em canais de televisão (*Fashion TV*) e programas televisivos como o *What not to Wear* ou *Project Runway*, quer em *Blogs*, ou *Facebook* na *Internet*, (entre nós o *Sytlista* de Maria Guedes), quer através de revistas de prestígio como a *Vogue*, a *Glamour*, ou a *Marie Claire*, por exemplo, opinião dos críticos, etc. Os projectos de *design* devem reflectir as tendências sociais, económicas e políticas do tempo, o espírito do tempo (*Zeitgeist*). A cópia ajuda a acelerar as tendências e a dar coe-rência às mesmas. Ao copiar, cada época fica ancorada a um

número limitado de temas para os projectos de *design*. Os temas depois são livremente trabalhados pelas empresas. Como há sempre tendências dominantes e imensas tendências menores, ancorar os potenciais consumidores a determinadas tendências dominantes é importante para que saibam quais são os estilos dominantes. Por exemplo, se a tendência é boémia, ou mais romântica, se as carteiras da moda são sob a forma de mochilas, se são grandes ou pequenas, se as rendas e as aplicações estão na moda, quais as cores dominantes, se se usam calças à boca-de-sino ou calças justas, se se usam sapatos altos com plataforma ou sem plataforma, se as sapatilhas estão na moda, saindo do mundo do desporto, etc.

Os criadores não são afectados pela cópia. Quando o seu produto é copiado, já não há interesse em explorá-lo, estão a ser desenvolvidos novos conceitos. Esta característica aplica-se às marcas dos dois patamares superiores da pirâmide, *haute-couture* e *ready-to-wear*. Miuccia Prada, directora criativa de duas marcas de sucesso, *Prada* e *Miu Miu*, ilustra este ponto: “We let others copy us. And when they do we drop it”¹¹⁰. Portanto, a ideia é de que é necessário que exista uma representação significativa nas colecções dos estilos definidos como mais populares, a cópia ajuda a delimitar e a transformar as escolhas criativas em verdadeiras tendências através da sua generalização. Num ambiente hostil para a reprodução de produtos próximos não seria possível defini-las, a produção de peças semelhantes por outras marcas seria proibida.

¹¹⁰ RAUSTIALA, K.; SPRIGMAN, C. “The Piracy Paradox”.cit., p. 1722; BAR-
RÈRE, C.; DELABRUYÈRE, S., ob.. cit., p. 10.

12.3. Relativamente ao processo de definição de tendência, existe outro modelo, *the cooperative innovation model*, desenvolvido por BARNETT, GROULLEAU e HARBI. Os autores também partem da ideia de que a moda se insere nas indústrias criativas onde a regra é “ninguém sabe”. As colecções são desenvolvidas sem certezas quanto à aceitação do público, há um risco associado que é mais elevado se não soubermos quais as tendências da próxima estação. No modelo anterior, as tendências seriam definidas pela proliferação de cópias. O *cooperative innovation model* tem como premissa o desenvolvimento de um modelo económico que reduza o risco associado à indústria, evitando situações de grande perda ou insolvência. Os autores partem de um modelo de aceitação por parte dos intervenientes de um sistema com diferentes níveis de protecção. Deverá haver um forte protecção de marca e uma fraca protecção de *design*, um sistema incompleto. É desenvolvido um modelo de cooperação, aceitando um regime de Propriedade intelectual incompleto que tolere alguma pirataria, embora mais limitada do que a do modelo anterior, com o objetivo de conferir alguma segurança aos criadores¹¹¹. Os autores argumentam que é falso que não possam ser definidas tendências sem pirataria. É possível saber quais serão as tendências sem qualquer imitação, a incerteza está na sua aceitação por parte do público e a sua proposta actua a este nível, diminuindo os riscos. As marcas desenvolvem os seus modelos, de entre os

¹¹¹ BARNETT, J. M.; GROULLEAU, G.; H., S. el (2008) , *The Fashion Lottery: Cooperative Innovation in Stochastic Markets*, *USC Legal Studies Research Paper*, no. 08-21 (2008) p.17.



quais alguns se vão destacar como os vencedores da *fashion lottery*. Esses modelos serão depois escolhidos pela imprensa e pelos grandes grupos de retalho¹¹². Apesar de a pirataria poder diminuir o retorno das empresas vencedoras, este será sempre significativo num sistema que proteja as marcas e permita alguma cópia de *design*. Cria-se um modelo de cooperação, um sistema que permitindo cópia nalguns termos, antes e depois da apresentação das colecções¹¹³, converge nos itens mais vendáveis. Existe uma garantia de grupo que confere segurança e incentiva as marcas a produzir. Na definição das tendências, todavia, têm um papel fundamental agências especializadas, cuja actividade consiste em antever as tendências das próximas estações, de modo a que as empresas não invistam em peças que venham a ser flops, perdendo avultadas quantias. Aliás, a imitação das tendências efectuada por empresas como a Zara, a H&M, a Forever 21 ou outras, constitui uma forma de, sem violação de direitos da propriedade intelectual, investirem em peças com um mercado assegurado.

Para perceber a relação entre a moda e os regimes de propriedade intelectual, segundo os autores, há que compreender a dinâmica entre a *haute-couture* e os restantes segmentos. Um erro cometido pela tese anterior é não ser feita uma distinção entre a cópia no círculo de criadores e a cópia do trabalho destes pelos restantes segmentos¹¹⁴. O círculo de *haute-couture* é constituído por um grupo restrito de casas, como a Chanel, a Dior, entre outras. São marcas com um estilo próprio, com uma identidade cujo maior desafio é criar uma colecção

¹¹² BARNETT, J. M.; GROLLEAU, G.; HARBI, S. el, "The Fashion Lottery cit., p.36.

¹¹³ *Idem, Ibidem.*

¹¹⁴ BARRÈRE, C.; DELABRUYÈRE, S. (2011), ob. cit., p. 10.

que se diferencie das restantes, ainda que seguindo as mesmas tendências. A cópia é pouco provável neste contexto, visto que a maior preocupação é produzir peças que representem a individualidade da marca. As proximidades que surjam derivam do universo comum em que se movimentam os autores: o mesmo meio cultural, as mesmas tendências, escolhem até os seus tecidos de um grupo limitado das novas ofertas¹¹⁵. A este nível não há um problema de *anchoring* na definição de tendências, o objetivo da *haute-couture* não é o lucro económico, é o desenvolvimento de ideias e conceitos, que serão usados noutros segmentos da moda. Cronologicamente, a apresentação das coleções de *haute-couture* antecede as semanas da moda.

No segundo nível, as coleções de *ready-to-wear* de marcas originais e com qualidade, existe cópia a dois níveis: muitas delas derivam da *haute-couture*, marcas como a Givenchy têm ambos os segmentos, servindo o primeira de referência. Procuram também inspiração em produtos de criadores mais pequenos e independentes.

No *standard ready-to-wear* as práticas de cópia são mais reiteradas, a taxa pode ser mais ou menos elevada, visto que existem *designers* a desenvolver trabalho criativo para as marcas. No entanto, para evitarem custos de desenvolvimento dos conceitos, muitas destas firmas copiam as tendências anteriores, fazendo inclusive referência a outros trabalhos. Falamos de gamas diferentes, com outras características (distribuição, preços) e um público-alvo diferente. O cliente sabe que não está a comprar um original, mas um produto próximo mais acessível. Aproveita-se o trabalho e investimento das primeiras

¹¹⁵ Seguimos de perto BARRÈRE, C.; Delabruyère, S. (2011), ob. cit., p. 11.

marcas, com uma lógica de maximização de lucros através da contenção de custos para a criação.

Por último, temos o segmento constituído por grandes firmas como a ZARA, a Forever 21, a Mango, Topshop, H&M, entre muitas outras, que desenvolvem um modelo de negócio para as grandes massas baseado numa produção à escala global, com muita oferta, a um ritmo rápido, reproduzindo *designs* com algumas alterações a preços muito mais baixos. Este segmento produz com base nos produtos dos segmentos superiores da pirâmide. Na maior parte dos casos são imitações de tendências e não cópias integrais, ainda que o consumidor possa estabelecer uma ligação com a marca que serve de inspiração, não há confusão entre ambas, ele sabe que não compra a peça da marca original. Mas o *design* é adaptado.

A cópia existe a vários níveis e conforma-se em termos diferentes, podemos destacar a crescente existência de pirataria à medida que nos aproximamos da base da pirâmide, reflectindo-se no preço dos produtos. BARNETT, GROLLEAU e EL HARBI também estabelecem estratégias de imitação: a horizontal, quando ocorre entre marcas do mesmo segmento, pertencentes a um grupo restrito; ou vertical, os *designs* das marcas mais relevantes são copiados por marcas de segmentos inferiores da pirâmide. Ainda que menos comum, também se registam cópias de marcas de elite a *boutiques* independentes.

13. Há muitos factores que conduzem a que seja complexa a protecção legal da moda. Não obstante haver diversos regimes de protecção no âmbito da Propriedade Intelectual (direitos de autor e diversos direitos privativos da propriedade

industrial, que se podem, inclusive cumular, a que a cresce a protecção do comércio electrónico, com destaque para os nomes de domínio, a protecção através das normas contra a concorrência desleal, a protecção através do direito *sui generis* das bases de dados e a protecção através do direito da publicidade, é difícil implementar a protecção no âmbito da moda.

Há vários factores que contribuem para essa dificuldade.

A moda, enquanto, criação artística tem duas bases importantes: a criatividade e a herança. A herança tem a ver com um conjunto de referências que inspiram os criadores. A conjugação de ambas permite aos criadores reinterpretar peças e estilos já existentes. Esta prática é muito comum nas grandes marcas, onde os directores criativos pesquisam nos arquivos para melhor compreender a marca e a sua identidade. Contrariamente ao que acontece nas indústrias tecnológicas, onde as técnicas são rapidamente substituídas e desvalorizam com o tempo, nas indústrias criativas a antiguidade não diminui o valor das peças, constitui herança. No período mais recente, alguns dos grandes criadores têm-se concentrado cada vez mais nas peças já produzidas, procurando encontrar no passado respostas para o que vão produzir no futuro, para criar algo novo. Demna Gvasalia, director criativo da Balenciaga desde 2015, na colecção de *ready-to-wear* Outono/Inverno de 2017 apresentou reinterpretações de vestidos do fundador da casa Cristobal Balenciaga¹¹⁶. Dries Van Noten foi outro dos estilistas que aderiu à prática, adaptando tecidos e padrões de colecções anteriores. Agências de tendências como a WGSN classificam

¹¹⁶ <http://www.vogue.co.uk/shows/autumn-winter-2017-ready-to-wear/balenciaga/> (último acesso. em 21/04/2017).

esta estratégia como uma reacção às marcas de *fast fashion* e ao consumo voltado apenas para o futuro¹¹⁷. Mas reinventar não é necessariamente copiar. Muitas vezes as peças de que se parte são apenas fonte de inspiração e, portanto, as peças reinventadas não caem no domínio das obras derivadas. Já para não referir fontes de inspiração já caídas no domínio público, ou não protegidas.

Acresce a complexidade do processo criativo e matéria de moda, que dificulta a valoração dos vários *inputs*. Estão envolvidos no processo criativo muitas pessoas físicas e jurídicas, desde assistentes, a modelos, fotógrafos, críticos de moda, *marketeers*, etc. O mérito é, normalmente, do director criativo, mas é difícil isolar o contributo destes intervenientes. O resultado também é condicionado pelo ambiente em que se inserem, a classificação não é linear. Num contexto um *input* poderá ter muito mais importância do que noutro. Também o decurso do tempo pode valorizar ou desvalorizar as contribuições dos diversos intervenientes.

Os artigos de moda são amplamente copiados por *knockoffs* que fazem peças similares, levando a indústria de originais de moda a perder muito dinheiro. Todavia, existem poucos processos relacionados com a cópia de *design* original. A grande quantidade de ações judiciais está relacionada à cópia de marcas comerciais e outros sinais distintivos. A imitação de desenhos originais é uma constante no mercado, no entanto, leva à criação de uma pirâmide de mercados de *knockoffs* e não parece causar danos.

¹¹⁷ <https://www.youtube.com/watch?v=u2eZ81lrTMc> (último acesso em 21/04/2017).

Contrariamente às expectativas, a indústria da moda não parece ser afetada. É por isso que alguns autores o chamam de "Paradoxo da pirataria". A pirataria levou, de certo modo, a oferecer novos produtos, levando assim a inovação e ciclos de moda curta.

A resiliência do sector evidencia-se na originalidade e criatividade inicialmente presente na concepção dos produtos que se alarga ao modelo de negócio e a estratégias que permitam a diferenciação das marcas.

A nível de produto, destaca-se a técnica de proteger o *design* através das marcas que são incorporadas no mesmo. O que, de algum modo limita a criatividade, e não resolve a questão essencial de protecção do *design*, por si, mas que tem sido uma técnica com resultados na luta contra a pirataria, dado que há uma forte protecção a nível de marcas e outros sinais distintivos contrafeitos.

Mas as técnicas de protecção alargam-se aos modelos de negócio.

Vemos algumas casas de alta costura a entrar no pronto a vestir de qualidade como a criação de "bridge lines", baseadas nas colecções *premium* com marcas diferenciadas, como é o caso de Armani, ou Moschino. Isto, embora muitos criadores de topo não sigam este caminho, com receio de diluição da marca.

Também os criadores da gama alta da do pronto a vestir abrem os seus próprios outlets, baixando os preços consideravelmente a atraindo os consumidores para a compra de produtos de gama alta a preços acessíveis.



O surgimento de lojas vintage muito selectivas, em que podemos encontrar apenas produtos de alta costura, como Cavalli, Prada, Louis Vuiton, , Burberry, a preços mais acessíveis, pelo facto de as peças estarem impecáveis e só terem sido usadas pouquíssimas vezes, lojas essas *online* (cf. eBay, em que muitas vezes são vendidas em leilão) ou no comércio tradicional, se de algum modo pode afectar as vendas das novas colecções das casas de alta costura, constituem um bom investimento para uma elite que se quer diferenciar, mas que, em épocas de crise, tem menos dinheiro, e continua a diferenciar-se da generalidade, porque compra peças que estarão sempre na moda (um casaco Chanel, por exemplo), ou peças que, embora possam não estar na moda no momento, como existe este cíclico renascer de modas do passado, são guardadas para utilização quando voltarem a ser moda. Nestas compras o *fashionista*, não perde o seu estatuto pertença a uma elite porque, por um lado, as peças continuam ser caras e acessíveis a poucos; por outro lado, continuam a ser peças de alta costura, portanto originais. Nos mercados *online*, no entanto, há que ter um cuidado acrescido por muitas a peças não são originais mas cópias.

Há novos modelos de negócio interessantes, que passam por definir de uma identidade que ultrapassa a estética e fomenta valores para surja uma sociedade melhor.

A indústria da moda é responsável por largos volumes de poluição. Para dar resposta a este problema, têm sido desenvolvidas iniciativas e práticas ecológicas. Na celebração do Dia da Terra a 22 de Abril deste ano, a Opening Ceremony doou inteiramente os lucros de uma colecção cápsula para a organização ambiental Sierra Club. Por sua vez, Salvatore Ferraga-

mo lançou uma colecção cápsula com uma fibra patenteada produzida com desperdícios de laranjas que substitui a seda.¹¹⁸.

A marca portuguesa Josefinas produz artesanalmente sapatos femininos, e associa-se à defesa dos direitos das mulheres. As sabrinas são transformadas com respeito pela tradição e pela mulher¹¹⁹. Nestes modelos de negócio existe um valor acrescentado que ultrapassa o *design* da peça, associa a mesma, bem como a marca, a valores sociais ou culturais.

De qualquer modo, há que ter em conta que muitas das empresas que imitam as peças de alta costura não copiam integralmente o *design*, ou parte dele, mas inspiram-se nas tendências de moda dominantes lançadas e adoptadas pelos criadores de alta costura e se baseiam nessas tendências. Nestas hipóteses em que não há cópia integral ou parcial, mas apenas inspiração num determinando estilo, nem sequer há violação. O estilo, em si, a tendência só por si, não é protegida. Portanto, há que fazer bem a distinção.

Ao contrário da pirataria no âmbito da música ou do audiovisual, por enquanto não é usual o envio de ficheiros pirateados na *www*. (o que, provavelmente até acontecerá com o desenvolvimento da tecnologia 3D na indústria da moda). O facto leva a que seja mais difícil monitorizar e quantificar o montante de pirataria, quer no comércio tradicional, que no comércio *online*¹²⁰.

Embora em teoria o sistemas como o do EUA aparentem ser mais fracos do que o da UE, em que a moda pode ser

¹¹⁸ "Earth Day 2017", Campaign Analysis pela WSGN.

¹¹⁹ <https://josefinas.com/pt/historia> (último acesso em 30.05.2017).

¹²⁰ CALLAHAN, CASEY, E., ob. cit., pp. 209-210



protegida pelo Direito de Autor, a verdade é que na prática tal não acontece, uma vez que, dada a ausência de critérios da Directiva sobre cúmulo de protecções, há uma forte corrente doutrinal, sobretudo influenciada pelo Direito de Autor alemão e italiano, e jurisprudencial, que arranja quase sempre formas, mais ou menos criativas, de afastar a tutela pelo Direito de Autor dos modelos ou desenhos protegidos pelo Direito Industrial.

Também é complexo, como já referimos, o facto de o mercado da moda ser global, quer a nível de lojas físicas, quer, sobretudo, a nível do comércio *online* e as legislações variarem muito de país para país, mesmo dentro da UE. O que é pirataria de um *design* num país pode não o ser noutro.

Por último, não sabemos se no mesmo contexto e sem a existência de pirataria, criatividade e a concorrência seriam maiores ou menores, pelo simples facto de que a moda sempre tem funcionado nestes moldes.

14. Conclusões

O papel da Lei deve ser decisivo na protecção dos produtos da moda e seus criadores. A protecção cai sobre os bens imateriais, que são essencialmente protegidos pela Propriedade Intelectual, ou seja, direitos de autor e direitos de propriedade industrial, como o *design* (incluindo os desenhos não registados da UE, especialmente importantes para indústrias de ciclos curtos, como a moda), marcas registradas e outros sinais distintivos, patentes e modelos de utilidade. Por força da digitalização e da *Internet*, existe um florescente comércio eletrónico

de produtos de moda, que compete com o mercado físico tradicional. Quase todas as empresas vendem em ambos os mercados, algumas vendem apenas *online*. A protecção de nomes de domínio e *websites* ou páginas do *Facebook* é muito importante, porque funcionam como o estabelecimento com suas coleções de bens. É importante proteger essas coleções como bases de dados. A indústria da moda gasta milhares em propaganda, portanto, as regras de publicidade também se aplicam a esta indústria. Há também a protecção fundamental através das regras contra a concorrência desleal, em especial com a protecção dos segredos de comércio e indústria e do *know-how*, e da protecção contra actos de confusão ou parasitários.

A sobreposição de todas essas protecções também é possível. A Directiva da UE sobre cúmulo de protecções impõe a sobreposição dos direitos de autor com os modelos e desenhos protegidos pela Propriedade Industrial, embora não possamos dizer que exista uma harmonização satisfatória porque os critérios são deixados para cada Estado-Membro decidir e as soluções são muito diferentes em cada país. Esta Directiva deve ser alterada, mas não há *lobbies* fortes para que isso aconteça. Em países como os EUA não há protecção da moda pelo *Copyright* por causa da sua função utilitária. Somente o *design* estritamente ornamental pode ser protegido por *copyrights*. Houve dezenas de tentativas para mudar a lei, mas, que saibamos, não passaram, até agora.

Os artigos de moda são amplamente copiados por *knockoffs*, levando a indústria de originais de moda a perder muito dinheiro. Existem poucos processos relacionados com a cópia de designs, todavia. A grande quantidade de acções judiciais

está relacionada à cópia de marcas industriais e comerciais e outros sinais distintivos. A imitação de desenhos originais é uma constante no mercado, no entanto, leva à criação de uma pirâmide de mercados de knockoffs e não parece causar danos, embora não seja bem assim.

Contrariamente às expectativas, a indústria da moda não parece ser afetada. É por isso que alguns autores chamam ao fenómeno o “paradoxo da pirataria”. A cópia para alguns autores, parece ter implicado, de certo modo, a forma de se reinventar e oferecer novos produtos, conduzindo, assim, a inovação e ciclos de moda curtos. Embora a cópia possa ter impulsionado a criatividade, facto de que não estamos certas, a cópia afetou alguns setores da moda. As empresas de moda rápidas que fabricam *knockoffs*, mesmo antes dos projetos originais serem vendidos, são mais beneficiadas pela prática, muitas vezes prejudicando pequenos *designers* altamente qualificados que não têm maneiras de reagir. Além disso, a cópia rápida da moda de *designers* originais de topo levou-os a perder dinheiro e, para proteger seus *designs* usar marcas comerciais no *design*, eventualmente conduzindo a menos criatividade, a criar “bridge lines”, com riscos de diluição do valor da marca, a entrar no domínio das vendas imediatas, *fashion immediacy*, e a criar seus próprios pontos de venda na *Internet* e em diversos países. Mas a cópia não é apenas de baixo para cima, as casas de alta costura copiam umas das outras para definir tendências. Embora nos EUA não haja protecção de direitos de autor, contrariamente ao que acontece na UE, onde os *designs* de moda podem ser protegidos por direitos de autor, o comportamento das empresas é o mesmo, com algumas exceções, de acções

emblemáticas de grandes criadores. Além disso, a doutrina e os tribunais tendem a ser mais exigentes em relação à criatividade em matéria de protecção do *design* de moda pelo Direito de Autor. A baixa concentração da indústria da moda altamente fragmentada também contribui para enfraquecer a protecção porque não há *lobbies* fortes para pressionar legisladores. O mercado é global, as leis são diferentes, mesmo dentro da UE, de modo que as decisões judiciais podem ser diferentes de acordo com o país onde o processo ocorre e a lei se aplica. Isso leva à incerteza, e deve haver uma grande harmonização sobre esse assunto. No entanto, a indústria da moda floresce. Isso é um paradoxo? Parece ser assim, mas não temos a experiência para ver como a indústria da moda se comportaria, se houvesse uma protecção global mais forte pela Propriedade Intelectual. De qualquer modo, se é certo que há muita contrafacção em matéria de marcas e sinais distintivos, em matéria de *design*, em regra, imitam-se tendências. A contrafacção do *design* não é tão frequente quanto parece.

Bibliografia

- SPA (org.) AAVV, *Protecção de Título de Jornal*, SPA, Lisboa, 1989.
- ABREU, L. CARVALHO, "Reconhecimento e Lei Aplicável à Protecção das Criações da Moda pelo Direito de Autor", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, [S.l.], v. 8, n. 8, Dezembro (2016), pp. 159-168,
- AKESTER, P., *Direito de Autor em Portugal, nos Palop, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, Coimbra, 2013.
- AMORIM, A. C., AZEVEDO, de, *A Tutela da Lealdade nas Relações de Mercado, A propósito do ilícito publicitário*, Coimbra, Almedina, 2017
- ASCENSÃO, J. de OLIVEIRA, "A questão do domínio público" *Estudos de Direito de Autor e Interesse Público*, Fundação Boiteux, Florianopolis, (2008), p.23 ss.
- ASCENSÃO, J. de OLIVEIRA, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- BARNETT, J. M., GROLLEAU, G., Harbi, S. el, "The Fashion Lottery: Cooperative Innovation in Stochastic Markets", *USC Legal Studies Research Paper*, no. 08-21 (2008).
- BARRÈRE, C.; Delabuyere, S. "Intellectual Property Rights on Creativity and Heritage: The Case of the Fashion Industry", *European Journal of Law and Economics*, December 2011, Vol. 32, nº3 (2011), pp. 305-339.
- BOUZA LOPEZ, M. A., *El Derecho Sui Generis del Fabricante de Base de Datos*, REUS, Madrid, 2001.
- BERGAMASHI, M., "Imitazione e concorrenza nell'abbigliamento di moda: un'interpretazione economico-aziendale della normativa vigente", *Paper numero 98*, Dicembre (2009), *Dipartimento di Economia Aziendale*, Università degli Studi de Brescia, pp. 1-26.

- CALLAHAN, C. F., "Fashion Frustrated. Why the Innovative Design Protection Act is a Necessary Step in the Right Direction, But Not Quite Enough", Vol. 7, nº1, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, (2012), pp. 195-223.
- CAMPINOS, A. e GONÇALVES, L.M., AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª ed. Revista e Atualizada, Almedina, 2015.
- CARVALHO, M. M., "Novas" marcas e marcas não tradicionais: objecto", AA. VV., *Direito Industrial*, vol. VI, Almedina/APDI, Coimbra, 2009, pp. 217-245.
- CORNISH, W, LLEWELYN, D., APLIN, T., *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights*, 8ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2013.
- CORREIA, A. FERRER, SERENS, M. NOGUEIRA, "A Tutela dos títulos de obras de engenho", *Revista de Direito e Estudos Sociais (RDES)*, 13, (1987) , pp. 65-96.
- CRANE, D., *Fashion and Its Social Agendas: Class, Gender, and Identity in Clothing*, University of Chicago Press, Chicago, 2012.
- EASTERLIN, R., "Does Economic Growth Improve the Human Lot? Some Empirical Evidence", *Nations and Households, Economic Growth: Essays in Honor of Moses Abramovitz*, Academic Press, Nova Iorque, (1974), pp. 90-93.
- ECHMANN, H., FALCKENSTEIN R. VOGEL von, KÜHNE, M., *Designsgesetz*, 5ª ed. actualizada, Beck'sche Kurz-Kommentare; Band45, BECK'S, Munique, 2015.
- FANO, E., *La tutela del design nel mondo della moda tra registrazione e diritto d'autore: una comparazione tra Europa e Stati Uniti*, <http://www.marchiedisegni.eu/wp-content/uploads/2016/10/Tutela-del-design-nel-mondo-della-moda.pdf> (último acesso em 30. 05.2017).
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed. Madrid, tecnos, 2007, comentário ao art. 160º TRLPI.
- GONÇALVES, L.M. COUTO, *Manual de Direito Industrial*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.



- HEIDLINGER, R, "The Threshold of Originality under EU Copyright Law" CO-REACH INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE NEW MEDIA Beijing Workshop, 18 de Outubro(2011), <http://www.coreachipr.org/documents/Roman%20Heidinger%202011.pdf> (último acesso em 30.05.2017).
- WILSON, *Adorned in Dreams: Fashion and Modernity*, Rutgers University Press, New Brunswick, New Jersey, I.B.Taurus, London, 2003.
- LEITÃO, L.M. TELES de MENEZES, Almedina, Coimbra, 2011.
- LIPOVETSKY, G., *O Império do Efémero: A moda e o seu destino nas sociedades modernas*, 2ª ed., D. Quixote, Lisboa, 2010.
- MARQUES, REMÉDIO, *Biotecnologias(s) e Propriedade Intelectual*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2007, p. 1237.
- MARTÍNÉZ ESCRIBANO, C., HERRERO SUÁREZ, C., MARTÍN GARCIA, L., HÉRNANDEZ-RICO, J. M., *Derecho de la Publicidad*, LEX NOVA, Thomson Reuters, Madrid, 2015.
- MELLO, A. SÁ e, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, 2ª ed. Actualizada e Ampliada, Almedina, Coimbra, 2016.
- OTERO LASTRES, "Rasgos conceptuales del diseño industrial", FERNANDÉZ-NÓVOA/OTERO LASTRES/BOTANA AGRA (org.), *Manual de la Propiedad Industrial*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2013, pp. 361-384.
- PALMA, C., *La contraffazione del marchio nell'abbigliamento e negli accessori*, Tese de Doutoramento, 2014, <http://www.studiotorta.it/premio/pdf/tesi2015/tesi/2014-CristinaPalma-Lacontraffazioneelmarchionella-abbigliamentoe negliaccessori.pdf> (último acesso em 9.06.2017).
- PEREIRA, A. L. DIAS, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2008.
- PEREIRA, A. L. DIAS, "O novo regime das obras órfãs", *Revista de Direito Intelectual*, 1, (2016), p. 31 ss.
- PEREIRA, A. MARIA (filho), "Título das Publicações Periódicas- alguns aspectos do seu regime jurídico", *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, 11, 1951, p. 78 ss.

- POULLIET, E., *Traité théorique et pratique des dessins et modèles*, Marchal et Billard, Paris, 1911.
- RAUSTIALA, K, SPRIGMAN, C., "The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property Fashion Design", *Virginia Law Review*, Vol. 92, nº 8, Dezembro (2006), pp. 1687-1776.
- RAUSTIALA, K. e SPRIGMAN, C., *The Knockoff Economy, how imitation sparks innovation*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- REBELLO, L. F., *Introdução ao Direito de Autor*, Vol. I, SPA/Dom Quixote, Lisboa, 1993.
- REBELLO, L. F., *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos anotado*, Âncora, Lisboa, 2002.
- RENDAS, TITO, "Fair Use Na União Europeia (ou os estereótipos das Copyright Wars)", *Propriedades Intelectuais*, 3 Junho (2015) pp. 26-39.
- RIBEIRO, B. Q., "A tutela jurídica da moda pelo regime dos desenhos ou modelos", *Direito Industrial*, Vol. V., (2008), p.483 ss.
- ROCHA, M.V., "A originalidade como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI)* Tomo 22, (2001), pp. 339-368.
- ROCHA, M.V., "A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho", (org. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra) *Congresso Empresas e Sociedades, Homenagem aos Professores Doutores Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, (2007), pp. 167-199.
- ROCHA.M.V., "A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho: soluções e problemas no direito português", *Actas de Derecho Industrial e Derecho de Autor, (ADI)*, Tomo 27 (2006-2007, pp. 353-380)
- ROCHA, M.V., "Contributos para a delimitação da "originalidade" como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Castanheira Neves*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra (2008), pp. 733-792.



- ROCHA, M. V., "Obras de Arquitectura como obras protegidas pelo Direito de Autor, ALMEIDA, C.F, de/ GONÇALVES, L.M/TRABUCO, C. (org.), *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Almedina, Coimbra, 2011, pp.159-209.
- ROCHA, M. V. "A protecção cumulativa do design como obra e como desenho ou modelo quando o criador é um trabalhador dependente: o caso português", TÓBIO RIVAS, A. M., FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, A., TATO PLAZA, A., (eds.) *Estudios de Derecho Mercantil, Libro de Homenaje al Prof. Dr.h.c.José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 883-898.
- ROCHA, M. V., Dispositivos tecnológicos de Protecção, Informações para gestão electrónica de direitos e utilizações livres no Direito Português: um desequilíbrio em desfavor dos utilizadores", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI)*, 33 (2012-2013), pp. 429-446.
- ROCHA, M.V., *Portugal*, 104, HENDRICKX, F. (ed.) *International Encyclopaedia of Laws*, Wolters Kluwer, Holanda, 2017.
- ROCHA, M. V. "Impressão 3D e Direito de Autor" *Revista Electrónica de Direito (RED)*, FDUP, Junho, (2017) pp. 1-29.
- RUIZ MUÑOZ, "Diseño Industrial y Derecho de Autor en Europa" *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor,(ADI)* 27 (2006-2007), pp. 381-424.
- SAIZ GARCIA, C., *Objecto y sujeto del derecho de autor*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- WILSON, E., *Adorned in Dreams: Fashion and Modernity*, Rutgers University Press, New Brunswick, New Jersey, I.B.Taurus, London, 2003.
- SCAFIDI, S., *Fashion Law: Diseñando una nueva disciplina BELLO*, KNOLL,S.I., ECHEVARRIA, P, SCAFIDI, S. (coord), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2015, pp. 17-26.
- SHERMAN, L. "The State of Fashion Immediacy" (2017). <https://www.businessoffashion.com> (último acesso em 30.05.2017).
- SCHRICKER, G., "Abschied von der Gestaltungshöhe im Urheberrecht?" BECKER/LERCHE, MESTMÄCKER (Hrgs.), *Wanderer zwischen Musik, Politik und Recht, Festschrift für Reinhold Kreile zu seinem 65. Geburtstag*, Baden-Baden, 1994.

- SERENS, M. COCEIRO NOGUEIRA, *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Parte II, Coleção Teses de Doutoramento, Almedina, Coimbra, 2007.
- SILVA., N. SOUSA e, "A proposta de Directiva em matéria de segredos empresa: estado e propostas" APDI (org.) *Revista de Direito Intelectual (RDI)*, 2 (2014), pp. 259-305.
- SILVA, N. SOUSA e, *Direitos Conexos*, texto policopiado (2015).
- SILVA, N. SOUSA e, "Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu", *Revista da Ordem dos Advogados, (ROA)*, Ano 73, Outubro/Dezembro (2013), pp. 1331-1387.
- SILVA, N. SOUSA e SILVA, "Um Retrato do Regime Português dos Segredos de Negócio, *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, 75, Janeiro / Junho (2015), pp. 223-257.
- SILVA, P. SOUSA e, *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- SPA (org.) AAVV, *Protecção de Título de Jornal*, SPA, Lisboa, 1989.
- ULMER, "Der Schutz der industriellen Formgebung" *GRUR Int.* (1959) 1, 2
- ULMER, E., ULMER, *Urheber-und Verlagsrecht*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 1980.
- VENÂNCIO, P. D., *O direito sui generis na protecção jurídica de bases de dados* (texto policopiado), UCP, Escola de Direito do Porto, Porto, 2007.
- VICENTE, D. MOURA, "Direito de Autor e Medidas Tecnológicas de Protecção", APDI/ASCENSÃO, J. de OLIVEIRA (coord.), *Direito da Sociedade da Informação*, VII, Coimbra, Coimbra Editora (2009), p. 506 ss.
- VICENTE, D. Moura, *Direito Internacional Privado*, Ensaios, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2010.
- VENÂNCIO, P. D., *O direito sui generis na protecção jurídica de bases de dados* (texto policopiado), UCP, Escola de Direito do Porto, Porto, 2007.
- ZARRI, BRUNI L., *La grande illusione false relazioni e felicità nelle economie di mercato*, working paper nº 39, Março de 2007, www.aiccon.it. (último acesso em 30.05.2017).



ANOTAÇÕES SOBRE O DEVER DE INDEMNIZAR, O DANO DE VIAGEM ARRUINADA E O DEVER DE COOPERAÇÃO

Felipe Comarela Milanez

1. Introdução

O movimento político-jurídico de defesa do consumidor, iniciado em meados do século XX, trouxe importantes reflexos nas mais diversas áreas do Direito, e é notadamente ao nível do Direito Civil onde essa influência vem se mostrando cada vez mais marcante, levando alguns institutos clássicos, v.g, o contrato e a responsabilidade civil, a sofrerem uma releitura constante em face das normas especiais de proteção do consumidor.

No campo da responsabilidade civil, por exemplo, a percepção da necessária extensão de sua incidência em razão da violação de determinados interesses acabou por influenciar o reconhecimento de novas situações geradoras de danos não patrimoniais, e, por conseguinte, a percepção da gravidade destes danos de maneira a merecerem a tutela do direito.

Um exemplo destas mudanças encontra-se nos chamados danos de *férias arruinadas*¹, que, relacionados ao regra-

¹ A expressão dano das férias estragadas também aparece na jurisprudência portuguesa, tal como indicado no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, relativo ao processo 2006/2008-7, publicado em 24/06/2008. Para a expressão dano de férias arruinadas, MIGUEL MIRANDA. *O Contrato de Viagem Organizada*. Almedina, Coimbra, 2000, pp. 328 e segs.

mento jurídico dos contratos de viagens organizadas, passaram a justificar a imposição do dever de indemnizar.

Certo, porém, é que para a compreensão de algumas particularidades deste dano, em especial aquelas relacionadas à própria função da sua indemnização e aos impactos decorrentes da existência de um dever de cooperação entre lesante e lesado, necessário se torna uma breve análise sobre os conceitos gerais do dever de indemnizar e a reparação dos danos dentro da sistemática prevista no Código Civil Português, considerando, desde já, que essa abordagem será realizada a partir da alocação do dano de férias arruinadas no regime da responsabilidade contratual².

Por outro lado, para se compreender a importância do estudo deste dano, há que se reconhecer, também, a influência exercida pelas normas de Direito Comunitário que foram devidamente transpostas para o Direito Nacional³, bem como,

De qualquer forma, tais expressões são semelhantes às adotadas por outros ordenamentos. No Brasil, férias frustradas, PAULO JORGE SCARTEZZINI GUIMARÃES, *Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo*. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 301. Na Itália, *vacanza rovinata*, CENDON PAOLO, *Trattato dei nuovi danni. Volume IV: Danni da inadempimento - Responsabilità del professionista - Lavoro subordinato*. CEDAM, Padova, 2011, p. 52. Na Espanha, *vacaciones malgastadas*, PASCUAL MARTÍNEZ ESPIN, *El contrato de viaje combinado: antecedentes, derecho comparado, estudio normativo y jurisprudencial*. Ediciones de La Universidad Católica-La Mancha, 1999, p. 83.

² Nesse sentido manifestou-se expressamente o Supremo Tribunal de Justiça no acórdão publicado em 24/06/2010, relativo ao processo 535/07.4TVLSB. L1.S1: "No âmbito da responsabilidade contratual é admissível a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, a verificarem-se os requisitos da obrigação de indemnizar vertidos nos artigos 483.º e 496.º do C.C.". Disponível em www.dgsi.pt.

³ Sobre o tema da harmonização legislativa e os efeitos da transposição sobre o ordenamento jurídico dos Estados Membros da UE, RENATA FIALHO OLIVEIRA, *Harmonização jurídica no direito internacional*. Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2008. ANA MARIA GUERRA MARTINS. *Manual de Direito da União Européia*. Almedina, Coimbra, 2012. PATRÍCIA LUÍZA KEGEL e MOHAMED AMAL, "Instituições, Direito e Soberania: a efetivada-

pela interpretação realizada pelo Tribunal de Justiça da União Européia – TJUE em relação àquelas.

2. O dever de indemnizar e o dano não patrimonial

A obrigação de indemnizar decorrente da verificação de conduta comissiva ou omissiva que justifica a imposição de responsabilidade civil encontra disposição expressa no artigo 562º do Código Civil – CC, onde é possível identificar a especial importância concedida a uma das clássicas formas de indemnizar, qual seja, a reparação natural⁴ ou reparação específica do dano.

A regra geral, portanto, prevista no artigo supra é a de que o dano deve ser reparado através da reconstituição do objeto destruído ou pela entrega de outro idêntico, sobrepondo-se, sempre que possível, ao pagamento de um determinado valor pecuniário ao lesado⁵.

Entretanto, em função das mais variadas situações, nem sempre a reparação natural se mostra possível, como ocorre,

de jurídica nos processos de integração regional nos exemplos da União Européia e do Mercosul". *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 52, nº. 1, jan/jun, 2009, pp.53-70.

⁴ Comentando sobre o que identifica por reposição natural, VAZ SERRA destaca que "a reposição natural não supõe necessariamente que as coisas são repostas com exatidão", e acrescenta, "é suficiente que se dê a reposição de um estado que tenha para o credor valor igual e natureza igual aos de que existia antes do acontecimento que causou o dano. Com isso, fica satisfeito o seu interesse. É assim que, se devedor de coisa fungível, não obsta a que preste outra de igual espécie e valor". ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA. "Obrigação de indemnizar". *BMJ*. nº 84, 1959, p. 132.

⁵ JOSÉ ALBERTO RODRIGUES LORENZO GONZÁLEZ. *Código Civil Anotado. Vol. II, Direito das Obrigações (art. 397 a 873)*. Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2012, pp. 309 e 310. LUIS MANUEL DE MENEZES LEITÃO. *Direito das obrigações. Vol. I. Introdução: da constituição das obrigações*. 9ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 418 e seguintes.



v.g. em relação às lesões ao direito da personalidade⁶.

Para estas situações, o artigo 566º do C.C apresenta como alternativa à compensação do dano a fixação de uma indemnização em dinheiro, e assim o faz através da definição das situações onde esta excepcional forma de indemnização é admitida.

Esta particularidade justifica-se tanto em função da natureza infungível do bem jurídico lesado, quanto no caso de, mesmo sendo possível a reparação natural, esta não garantir a reparação integral dos danos, ou ainda, quando se mostre excessivamente onerosa para o devedor tendo em conta os critérios de razoabilidade e boa-fé^{7 8 9}.

⁶ Para uma análise sobre as modalidades de indemnização, tendo em conta a violação dos direitos da personalidade, cf. RABINDRANATH VALENTINO ALEIXO CAPELO DE SOUZA, *O Direito geral de personalidade*. Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 463 e segs.

⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *op.cit.*, *ratado de Direito Civil Português, Vol. II. Direito das Obrigações, Tomo III, Gestão de Negócios, Enriquecimento sem causa e Responsabilidade Civil*. Almedina, Coimbra, 2010, pp. 726 e segs. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA. *Código Civil Anotado*. Vol. I, Editora Coimbra, Coimbra, 1987, pp. 581 e segs. JOSÉ ALBERTO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p.327.

⁸ Quanto à hipótese da onerosidade excessiva, a jurisprudência portuguesa vem mantendo posicionamento no sentido de que a mesma deve ser avaliada com base nos elementos fáticos que permitam a sua constatação, de maneira a eximir o lesante da reparação natural em razão da realização da indemnização pecuniária.

Contudo, isso não representa, por si só, uma diminuição da indemnização, o que pode ser constado na nos acórdãos proferidos pelo Tribunal da Relação do Porto: Processo 2247/08.2TBMTS.P1, publicado em 14/06/2010: "I- A excessiva onerosidade da indemnização específica não afasta nem limita o seu valor: apenas converte a obrigação de restauração natural em obrigação pecuniária". Processo: 905/08.0TBPFR.P1, publicado em 07/09/2010: "I- A excessiva onerosidade da reconstituição verifica-se quando se possa concluir não ser necessária a restauração natural para que o património do lesado (entendido não em termos meramente quantitativos, mas antes em termos qualitativos ou funcionais) seja integralmente reconduzido ao estado anterior ao do evento lesivo com a entrega de quantia monetária suficiente para que o bem danificado seja substituído por outro com os mesmos préstimos e utilidades (estando aqui pressuposto, claro está, que tal quantia monetária a entregar seja manifestamente inferior ao custo da restauração)". Disponível em <www.dgsi.pt>.

⁹ Essa mesma preferência pela reparação natural e o carácter excep-

Dentro desse contexto, torna-se relevante a identificação de elementos que, além de viabilizarem a caracterização dos danos não sujeitos à reparação natural, permitam a apuração do seu *quantum* indemnizatório, de forma a alcançar o objetivo previsto no artigo 566º do C.C.

Nota-se assim, nesta conjectura, uma especial atenção concedida ao elemento dano¹⁰, e isso resta justificado em função do reconhecimento de que o mesmo se apresenta, tal como indicado por MAFALDA MIRANDA BARBOSA, como “*limite e medida da indemnização*”¹¹.

Ou seja, o conteúdo da obrigação de indemnizar, sua extensão e valores – quando excepcionada a regra do artigo 562º – estão intimamente ligados à caracterização do dano no caso concreto^{12 13}, e, em regra, a determinação do *quantum*

cional da indemnização em dinheiro acabou por ser incorporado não Código Civil Brasileiro de 2002, que, em seu artigo 947 estabelece: “Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”.

Nota-se, ainda, dispositivos semelhantes no *Codice Civile Italiano* (§2058) e no *BGB* (249,II), tal como apontado por ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 725.

¹⁰ Sobre o tema, cf. RUI MANUEL DE FREITAS RANGEL. *A reparação judicial dos danos da responsabilidade civil: um olhar sobre a jurisprudência*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 16.

¹¹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *ob. cit.*, p. 516.

¹² Sobre o tema, comentando acerca a caracterização do elemento dano, merece destaque o posicionamento de ANTUNES VARELA, para quem “o dano é a perda in natura que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visa tutelar. É a lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que reveste as mais das vezes a forma de uma destruição, subtração ou deterioração de certa coisa, material ou incorpórea.” *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2004, p. 598.

¹³ A importância do elemento dano em relação não apenas à obrigação de indemnizar, como também dentro da própria compreensão de responsabilidade civil, é objeto de manifestação pela jurisprudência portuguesa, merecendo destaque trecho do acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto

indenizatórios nele encontra seus exatos limites¹⁴.

Em razão desta situação, tem-se como um dos critérios de classificação dos danos a possibilidade, ou não, de se obter concretamente uma avaliação pecuniária dos prejuízos infringidos¹⁵ sobre o patrimônio do lesado, advindo daí, a divisão entre danos patrimoniais e os danos não patrimoniais¹⁶.

Esta diferenciação toma em conta o fato de que, no dano patrimonial, seu efeito é passível de apuração e avaliação pecuniária em razão da própria caracterização do dano

relativo ao processo 220/06.4TBCOV.P1, publicado em 31/10/2013: "I - Não existe responsabilidade civil, mesmo que a pessoa tenha sido alvejada por certa conduta ilícita, se, em consequência desta, não sofreu qualquer dano efectivo relevante.". Disponível em www.dgsi.pt.

¹⁴ Uma exceção à vinculação da indemnização à extensão do dano ocorre, v.g, através da aplicação da *compensatio lucri cum danno*, que recebe de PAULO MOTA PINTO a seguinte análise: "O evento que obriga à reparação, além dos efeitos negativos, pode também trazer benefícios ao lesando, seja provando-lhe um incremento patrimonial, seja impedindo uma diminuição (...)" e continua o A: "pergunta-se, então se devem ser consideradas essas vantagens para reduzir a indemnização que o lesante deve pagar - a chamada *compensatio lucri cum danno* ou talvez mais corretamente, "compensação de vantagens" ou "compensação de benefícios". Uma avaliação do dano consequente com as hipóteses da diferença consideraria então essas vantagens, descontando-as (subtraindo à situação hipotética do lesado), de tal forma que o dano se reduz ou pode mesmo ser eliminado pela sua consideração. A *compensatio lucri cum danno* prepõe-se justamente impedir o locupletamento do lesado. Está, pois, em consonância com a "hipótese da diferença", embora não seja propriamente uma sua consequência, mas antes da finalidade compensatória, cuja ideia de remoção do dano se opõe também a um locupletamento do lesado com o evento lesivo e a indemnização". *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 710 e 711.

¹⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. *ob. cit.*, p.723.

¹⁶ Para LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO o que justificaria a diferenciação dos danos patrimoniais dos danos não patrimoniais, muito mais do que a natureza do bem afetado, é "o tipo de utilidade que determinado bem proporcionava e que veio a ser frustrada com a lesão". *Ob.cit.*, p. 347.

enquanto redução do patrimônio do lesado¹⁷.

Já nos danos não patrimoniais, há o reconhecimento de que, mesmo não sendo possível a sua reparação natural ou pecuniária em função da ausência de um conteúdo econômico do direito lesado¹⁸, é plenamente possível proceder a uma compensação do lesado em relação aos efeitos dos danos que lhe foram causados, tal como previsto no artigo 496º do Código Civil¹⁹.

Assim, se no dano patrimonial o efeito do ato lesivo sobre o patrimônio do lesado é o que, em regra, acaba por caracterizá-lo, nos danos não patrimoniais é a ausência destes efeitos, concretamente identificados sobre o patrimônio do lesado, o fator da sua especial caracterização²⁰.

¹⁷ Para algumas considerações acerca das variáveis que podem suscitar dúvidas quanto à apuração do *quantum* indenizatório no dano patrimonial, cf. ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *ob.cit.*, pp. 727 a 729.

¹⁸ Quanto ao entendimento sobre a ausência de conteúdo econômico nos direitos lesados, a partir dos danos não patrimoniais: INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*. 7ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 378. JOSÉ ALBERTO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 322. JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações. Primeiro Volume*. Almedina, Coimbra, 2003, p. 489.

¹⁹ PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *ob. cit.* pp.. 499 e seguintes.. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Anotação de acórdão do STJ", *RLJ*, ano 113, nº 3663, 1980, p. 95. JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *ob. cit.*, pp.. 486 e seguintes. JOSÉ ALBERTO RODRIGUES LORENZO GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 207 e seguintes. ARMANDO BRAGA, *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Editora Almedina, Coimbra, 2005, pp. 162 e seguintes. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *ob.cit.*, pp. 378 e seguintes. ANTUNES VARELA, *ob cit.*, pp. 605 e seguintes.

²⁰ Ao comentar sobre o que caracteriza o dano não patrimonial, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA entende que "compreende-se assim, entre os danos não patrimoniais, não só as dores físicas ou morais (as quais melhor se adaptaria o antigo instituto do direito germânico conhecido por *Schmerzensgeld* ou *pecúnia doloris*), mas quaisquer outros danos não avaliáveis ou medidos em dinheiro (v.g. a diminuição do prestígio ou reputação pública)". "Reparação do dano não patrimonial", *BMJ* n.º 83 (1959), p. 70.

Nota-se aqui uma diferença que causa grande influência não apenas em relação à caracterização dos danos²¹, mas, também, na compreensão das funções exercidas pelas indenizações em cada um deles: no dano patrimonial o que se busca é a *reparação* do patrimônio lesado, enquanto no dano não patrimonial busca-se a *compensação* do lesado²².

Se por um lado a própria noção de redução patrimonial implica o reconhecimento dos efeitos do dano patrimonial sobre o lesado, nos danos não patrimoniais a sua mera constatação não se mostra, por si só, capaz de gerar a obrigação de

Já INOCÊNCIO GALVÃO TELLES entende que "há dano não patrimonial sempre que é ofendido, efectivamente, um bem imaterial como a integridade física ou a vida, ainda que essa ofensa não seja acompanhada, subjectivamente, do sofrimento." *Direito das Sucessões - Noções Fundamentais*. 3ª edição, Editora Coimbra, Coimbra, 1978, p. 86.

²¹ Discorrendo sobre a diferença entre danos patrimoniais e não patrimoniais, JULIO GOMES destaca que "historicamente, o próprio termo <dano> parece ter designado, inicialmente, a perda patrimonial e que, por outro lado, se pode afirmar, com SALVI, que <a inteira trama – normativa e categorial – do direito privado moderno vem a construir-se em torno do elemento da patrimonialidade que aparecer assim como o único idóneo, em princípio, a dar relevância objetiva aos valores jurídicos e a identificar a essência das estruturas fundamentais do direito civil (propriedade, obrigação, contrato)>". "Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?", *Revista de Direito e Economia*, Ano XV (1989), p. 117.

²² ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, discorrendo sobre a possibilidade de satisfação por via da reparação dos danos morais esclarece que "a satisfação ou compensação dos danos morais não é, como já se disse, uma verdadeira indemnização, no sentido de um equivalente do dano, isto é, de um calor de reponha as coisas no seu estado anterior à lesão. Trata-se de dar ao lesado uma satisfação ou compensação do dano sofrido, uma vez que este, sendo apenas moral, não é suscetível de equivalente". *Reparação do dano ...*, p. 83. Merece destaque o fato de que o A. chegou a utilizar, em outro momento, a expressão dano moral como substitutivo do termo dano não patrimonial, o que poderia indicar o reconhecimento, por parte do A., de que tais expressões são sinônimas. *Anotação de acórdão ...*, p. 104



indenizar, posto quem apenas nos casos que, em razão da gravidade, mereçam a tutela do direito, surgira tal dever.

Tendo em conta este dado, inerente ao dano não patrimonial e necessário à caracterização do dever de indenizar, há que se atentar, ainda, para o fato de que a norma do artigo 496º do CC, apesar de sua localização sistemática junto às normas de responsabilidade delitual, é plenamente aplicável à responsabilidade contratual²³.

É verdade, contudo, que parte da doutrina portuguesa acaba por se posicionar contrária à aplicação do artigo 496º à responsabilidade contratual, seja em razão da sua localização, seja pela tentativa de se evitar, com a extensão das suas hipóteses de incidência, o que PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA enunciaram como “*a tentação de converter em dinheiro muitos prejuízos relativamente insignificantes*”²⁴.

Porém, esse não é o posicionamento dominante tanto na doutrina²⁵, quanto na jurisprudência²⁶ nacional, que reco-

²³ Essa ressalva mostra-se necessária em razão da delimitação do tema aos danos de fêria arruinada, considerando a sua inclusão no regime jurídico da responsabilidade contratual.

²⁴ PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.501.

Para uma análise destes mesmos argumentos, mas, para depois refutá-los, cf. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações...*, p.378.

²⁵ ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “Reparação do dano não patrimonial”, *cit.*, p. 104. LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 350. JOSÉ ALBERTO RODRIGUES LORENZO GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 209.

A doutrina italiana também aborda esse questionamento. MASSIMO FRANZONI, *Trattato della responsabilità Civile. Il danno risarcibili*. Vol II. Seconda edizione, Ed. Giuffrè, Milano 2010, p. 599.

²⁶ Merecem destaque, a título de exemplo, acórdão do STJ relativo ao processo 535/07.4TVLSB.L1.S1, publicado em 24/06/2010: “No âmbito da responsabilidade contratual é admissível a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, a verificarem-se os requisitos da obrigação de indenizar vertidos nos artigos 483.º

nhecem a aplicabilidade da regra de indemnização dos danos não patrimoniais também não âmbito da responsabilidade contratual, apesar de serem menos frequentes²⁷.

Uma justificativa, apresentada por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, é que mesmo em se tratando de violação à direitos da personalidade, como a vida, a integridade física, a honra, e todos os demais que, em regra, caracterizam ofensa à integridade física e moral do lesado, o princípio do "*neminem laedere*" acaba sendo absorvido pela responsabilidade contratual, em função dos comportamentos dos agentes estarem relacionadas ao contrato²⁸.

Ou seja, havendo inexecução contratual, muito embora o conteúdo da obrigação seja manifestamente patrimonial, deste ato podem resultar, também, determinados efeitos sobre interesses juridicamente tutelados que mereçam a devida indemnização, por via do reconhecimento da ocorrência do dano não patrimonial, tal como pode ocorrer, v.g, em razão da violação de deveres laterais de proteção e cuidado que acabam por configurar o incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato.

e 496.º do C.C." Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, relativo ao processo 505/08.5BTND.C1, publicado em 26/02/2013; "Na responsabilidade contratual são indemnizáveis os danos não patrimoniais que mereçam a tutela do direito, isto é, desde que se apure uma grave lesão susceptível de causar, segundo a experiência da vida, danos não patrimoniais mercedores de tutela jurídica". Acórdão do Tribunal da Relação de Évora relativo ao processo 486/2002.E1, publicado em 03/03/2010:"2 -São de ressarcir os danos não patrimoniais no âmbito da relação contratual." Disponível em www.dgsi.pt.

²⁷ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Sobre a reparação dos danos morais", *Revista Portuguesa de Dano Corporal*, n.º 1, ano 1 (Set/2002), p. 22.

²⁸ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Sobre a reparação dos danos morais", *cit.*, p. 23.



Contudo, não será qualquer violação de deveres contratuais que implicará na ressarcibilidade de eventuais danos não patrimoniais, já que há que se atentar para a devida avaliação dos efeitos desta violação contratual, de forma a identificá-los como suscetíveis de gerar não um dano qualquer, mas, sim, um dano que, pela sua gravidade, justifique a tutela do direito²⁹.

Assim, uma vez constatada a ocorrência do dano não patrimonial e a necessária imposição do dever de indemnizar, mostra-se necessária a utilização dos elementos objetivos que o julgador deve lançar mão, como forma de se chegar ao *quantum* indemnizatório.

Entretanto, a apuração do valor dessa compensação encontra-se vinculada ao reconhecimento da sua própria função dentro da responsabilidade civil, que, para além da sua clássica função reparadora, acaba por abarcar outras funções a ela indissociáveis.

²⁹ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Sobre a reparação dos danos morais", cit, p. 24. JOSÉ PEDRO FERREIRA DE SOUZA. "Danos não patrimoniais (dano morte)". *Revista GESTIN*. Ano 1, n.º 1, (julho/2002), pp. 125 e 126.

Há que se destacar, ainda, a manifestação expressa do STJ, que, no acórdão relativo ao processo 05B1526, publicado em 22/06/2005, entendeu que: "Em contrário do que alega o recorrente, reforçaremos apenas a asserção do acórdão recorrido de que é opinião francamente majoritária na doutrina e na jurisprudência a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais em sede de responsabilidade contratual. (...) De facto, como se lê no citado acórdão do Supremo, de 17/1/1993, os artigos 798º e 804º n.º1 do CC, ao referirem-se, no domínio da responsabilidade contratual, e sucessivamente, à ressarcibilidade do prejuízo causado ao credor e à ressarcibilidade dos danos causados ao credor, não distinguem entre uma e outra classe de danos, não limitam a responsabilidade do devedor aos danos patrimoniais. Ponto é que, como bem assegura o acórdão recorrido, os danos não patrimoniais tenham gravidade suficiente para merecerem a tutela do direito (artigo 496 do C. Civil)." Disponível em www.dgsi.pt.

2.1 As funções da indemnização dos danos não patrimoniais

Em razão da impossibilidade de apuração concreta e real dos efeitos econômicos causados pelos danos não patrimoniais e até mesmo pela desvinculação destes àqueles, reveste-se de certa importância a identificação de qual seria a função desta indemnização dentro do contexto da responsabilidade civil³⁰.

Assim, ao lado da função compensatória, que se apresenta como função principal da indemnização destes danos, algumas considerações sobre outra função, tida como acessória³¹, e, portanto, indissociável da primeira, como é o caso da função preventiva-punitiva, merecem destaque³².

³⁰ Ressalta-se aqui, que o tema proposto insere-se na discussão dos danos não patrimoniais dentro do regime da responsabilidade contratual, razão pela qual não será objeto de análise a discussão das funções da indemnização em relação aos danos patrimoniais, bem como em relação ao regime da responsabilidade extracontratual.

³¹ OTÁVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, GLADSON MAMEDE e MARIA VITAL DA ROCHA, *Responsabilidade Civil Contemporânea: Em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. Editora Atlas, São Paulo, 2011, pp. 578 a 580.

³² Em relação à impossibilidade de se admitir a autonomia da função preventiva da responsabilidade civil em relação à sua função reparadora, em especial quanto aos efeitos esperados daquela, MAFALDA MIRANDA BARBOSA ao comentar sobre o tema, explica que: "parece-nos também evidente que, a ser assim, o mecanismo preventivo operará de forma dependente do mecanismo reparador, pelo que já não se afigura pertinente qualquer extrapolação que vise erigi-la em finalidade primeira da responsabilidade civil, legitimando, numa perspectiva economicista, conclusões de outro pendor". Ob. cit, p. 520.



2.1.1 A função compensatória

Como visto, a regra é que a indemnização possua, em essência, uma função reparadora. Entretanto, em se tratando de danos não patrimoniais, a ausência de um conteúdo económico do direito violado, a função reparadora da indemnização cede lugar à uma função compensatória³³.

A impossibilidade de reparação dos danos não patrimoniais, assim, não pode ser entendida como obstáculo à sua indemnização, ao passo que é possível a determinação do

³³ Nesse sentido, merece destaque o posicionamento de PAULO MOTA PINTO, que, ao iniciar uma análise sobre a função da indemnização e a justiça corretiva destaca a função compensatória como finalidade primária da responsabilidade civil, esclarecendo que: "Pode-se começar pela identificação, como finalidade primária da responsabilidade civil e também da indemnização, da função compensatória, isto é, pela identificação do princípio da compensação (ressarcimento ou reparação) como o fundamento do qual arranca a responsabilidade – denunciado logo pela indispensabilidade da existência de um dano para ter lugar". *Ob. cit.*, p. 818. Destaca-se, também, a análise feita por ARMANDO BRAGA, que, mesmo não tratando do regime da responsabilidade contratual reconhece como típica a função compensatória da indemnização dos danos não patrimoniais. *Ob. cit.*, p. 162.

Esse é a mesma compreensão refletiva na jurisprudência portuguesa, merecendo destaque os seguintes Acórdãos do STJ, relativos aos processos 06A1476, publicado em 20/06/2006 e 565/10.9TBPVL.S1, publicado em 21/03/2013. Cabe um destaque especial para o Acórdão STJ relativo ao processo 5505/05.4TVLSB.L1.S1, publicado em 26/09/2013, onde há referência expressa de que o Tribunal "designadamente em matéria de "danos não patrimoniais", tem entendido "que a respectiva compensação deve constituir um lenitivo para os danos suportados, não podendo, assim, ser miserabilista, devendo, para responder actualizadamente ao comando do artº 496º, constituir uma efectiva possibilidade compensatória (...)". Disponível em www.dgsi.pt.

quantum indemnizatório de forma a estabelecer o valor representativo da devida compensação dos danos causados, e que servirá para contrabalancear os efeitos negativos causados pelo ato lesivo³⁴, com os “prazeres ou satisfações” que possam ser gerados ao lesado com a utilização do montante pecuniário recebido a título de indemnização³⁵.

De fato, alguns tipos de danos não patrimoniais, tais como os danos corporais³⁶ possuem indicativos de apuração – de certa forma – mais objetivos, o que permite ao julgador³⁷

³⁴ Buscando exemplificar quais seriam os prejuízos decorrentes do dano não patrimonial, ARMANDO BRAGA indica “as dores físicas, os desgostos, os vexames, a perda de prestígio, os complexos estéticos, que não sendo susceptíveis de avaliação pecuniária, porque atingem determinados bens como a saúde, a liberdade e o bem estar, a perfeição física, a honra ou o bom nome, não integrando os bens patrimoniais do lesado, apenas podem e devem ser compensado”. *Ob. cit.*, p. 36.

³⁵ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Sobre a reparação dos danos morais”, *cit.*, p. 20.

³⁶ Há que se salientar, contudo, a possibilidade dos danos patrimoniais terem origem, também, nos danos corporais ou nos danos estéticos. O que pode ser observado, a título de exemplificação, nos seguintes acórdãos: STJ: acórdão relativo ao processo 06A3349, publicado em 07/11/2006. Tribunal da Relação do Porto: acórdão relativo ao processo 403/10.2TBPNF.P1, publicado em 06/02/2014. Acórdão relativo ao processo 545/09.7TVPR.T.P1, publicado em 11/11/2013. Tribunal da Relação de Lisboa: acórdão relativo ao processo 9347/11.0 T2SNT.L1-6, publicado em 16/01/2014. Sendo que este último destaca, de maneira sintética, que “a incapacidade permanente parcial provada, sem repercussão no exercício da profissão, constitui um dano biológico com incidência tanto patrimonial como não patrimonial”. Disponível em www.dgsi.pt.

³⁷ Um exemplo de como a jurisprudência aplica tais critérios pode ser observado no Acórdão do STJ, referente ao processo n.º 1011/2002.L1.S1, publicado em 02/05/2012: II) – O facto de não se ter provado o valor dos rendimentos laborais auferidos pelo lesado, enquanto trabalhador por conta de outrem ou por conta própria, não impede a atribuição de indemnização por perda de ganho futuro, já que, o que o dano futuro encerra na vertente de perda de capacidade de ganho, é a afectação da integridade física com repercussão na aptidão funcional para o trabalho, agora seriamente comprometida em face das lesões sofridas. (...) IV) -Tendo em conta que o Autor tinha 28 anos de idade e estará afectado em 40% da sua capacidade por cerca de 37 anos – para só atendermos ao período de vida activa – e, caso trabalhasse sem qualquer menos valia física, não auferiria menos

avaliar os efeitos do evento lesivo de maneira mais concretas, tais como: dias de internação hospitalar; a incapacidade permanente absoluta para a prática de toda e qualquer profissão; a ocorrência de dano estético³⁸.

Entretanto, outros tipos de danos não patrimoniais acabam, em regra, por serem determinados tendo por base tão somente o artigo 496º (3), e, sendo o caso, cumulado com o artigo 494º.

Ou seja, caberá ao julgador fixar o montante indenizatório em razão da equidade, do grau de culpabilidade do agente, da situação econômica do lesante e do lesado, além de todas as demais situações do caso concreto que justifiquem a devida valoração.

2.1.2 A função punitiva

Advinda do Direito anglo saxônico^{39 40}, a teoria que justifica a existência de um caráter primordialmente punitivo da responsabilidade civil – *punitive damages* – vem sendo objetivo

de que o salário mínimo nacional; tendo em conta, também, que, com o decorrer do tempo a penosidade do trabalho que puder executar se agravará, essa perda de ganho futuro deve ser indenizada equitativamente com a atribuição de € 120 000,00." Disponível em www.dgsi.pt.

³⁸ JOAQUIM JOSÉ DE SOUZA DINIS, "Avaliação e reparação do dano patrimonial e não patrimonial (no domínio do direito civil)". *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano XVIII, n.º 19 (Nov/2009), pp. 62 e 63.

³⁹ Para uma abordagem sobre os limites da função punitiva dentro do direito comparado, cf. ROBERTA CORRÊA GOUVEIA, *Limites à indemnização punitiva*. São Paulo, 2012, disponível em http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=15222.

⁴⁰ Um exemplo de aplicabilidade dos *punitive damages* encontra-se no regime de responsabilidade do produtor (e sua independência em relação à culpa) no Direito norte americano. JULIO GOMES, "Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?", cit., p. 115.

de grandes divergências dentro da doutrina portuguesa⁴¹.

Um dos pontos centrais desta teoria é a finalidade do dever de indemnizar enquanto imposição de uma punição ao lesante. Essa finalidade, assim, acabaria por reduzir consideravelmente a importância do dano dentro do contexto da responsabilidade civil, de forma, a estabelecer uma valoração focada, eminentemente, no comportamento do lesado do que sobre os próprios efeitos de seu ato sobre a vítima⁴².

Essa abordagem também é realizada por parte da doutrina portuguesa, que, ao analisar uma possível função punitiva da indemnização, acaba por assinalar certa importância da atuação do lesante, chamando a atenção para a avaliação da gravidade do seu comportamento em razão do tipo de dano provocado – como, v.g, o dano ambiental, o dano de férias arruinadas e o dano de desgosto⁴³, bem como da culpabilidade do agente⁴⁴.

⁴¹ Sobre o tema dos *punitive damages* e a discussão acerca da sua aplicabilidade no sistema jurídico português, PATRÍCIA CARLA MONTEIRO GUIMARÃES, "Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil". *Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Portugal*. Vol. XV, Tomo1 (2001). Tomo 1, pp. 159-205. PAULA MEIRA LOURENÇO, "Os danos punitivos". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. XLIII, n.º 2 (2002), pp. 1023 a 1108.

Para um posicionamento contrário, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, ob. cit, pp. 511-600.

⁴² JUDITH MARTINS COSTA E MARIANA SOUZA PARGENDLER, *Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)*, *Revista CEJ, Brasília*, n.º 28 (Mar/2008), pp. 17 a 21.

⁴³ A expressa dano desgosto foi adotada pelo STJ no acórdão do processo 269/09.5GBPNF.P1.S1, publicado em 20/02/2013. Disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁴ Para uma abordagem sobre a função punitiva da indemnização, em especial sua relação com a temática da responsabilidade contratual, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990. Merece destaque, ainda, a explicação dada pelo A. acerca dos *punitive damages*: "Trata-se, numa breve palavra, de uma quantia atribuída ao lesado, no domínio dos torts (em borá se detecte uma tendência recente, como diremos adiante, para estender os *punitive damages* à área do ilícito contratual), muito para lá do

Entretanto, a sua aceitação, seja de forma integral, seja no reconhecimento a partir de outras figuras afins⁴⁵, ainda não é objeto de consenso na doutrina nacional.

Percebe-se, assim, que para os defensores do *punitive damages*, a função punitiva estaria em um patamar acima dos propósitos compensatórios e reparadores da responsabilidade civil, dando lugar à aplicação de uma verdadeira pena, o que aproximaria este mecanismo da responsabilidade penal, e, por consequência, o afastaria das clássicas finalidades daquela⁴⁶.

Ainda, há que se considerar o argumento de que, em conjunto com a função punitiva, haveria um elemento preventivo-dissuasivo⁴⁷ intrínseco à adoção dos *punitive damages*, de forma que a “ameaça de uma obrigação de indenizar”⁴⁸ levaria o suposto lesante a refletir sobre suas intenções e evitar a

que for necessário à reparação do dano, como forma de punir exemplarmente o lesante”. Nota de rodapé n.º 1525, p. 652.

⁴⁵ Acerca das figuras afins, destacam-se os chamados *exemplary damages*, que se diferenciariam dos *punitive damages* em função de um caráter eminentemente dissuasivo/preventivo dos danos imputados; os *compensatory damages* que teriam um viés voltado para a realização de uma função reparadora-ressarcitória, e os *aggravated damages* que seriam decorrentes da necessidade de reparação de prejuízos causados de maneira mais acentuada em função de determinado comportamento do lesado. PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, cit, p. 1079 e seguintes.

⁴⁶ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, ob. cit., p. 516.

⁴⁷ PAULO MOTA PINTO, ao analisar a função da indemnização, em anotação acerca do tratamento conferido à mesma dentro dos, indica o art. 10:101 dos “*Principles of European Tort Law*” destacando que esta “consiste numa prestação pecuniária com vista a compensar o lesado, isto é, a repor o lesado, na medida em que o dinheiro o permita, na posição em que ele estaria se a lesão não tivesse ocorrido”, mas “tem também uma função preventiva”. E complementa o A. sobre essa passagem: “Dizendo que o fim preventivo não basta como única base para a concessão da indemnização, embora possa servir para a determinação do montante”. Ob. cit., p. 819, anotação 2294.

⁴⁸ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, cit., p. 519.

prática de possíveis atos lesivos⁴⁹.

Porém, sem desconsiderar a importância do debate em torno desta temática, inegável a força dos argumentos que ressaltam que o reconhecimento da prevalência da função punitivo-preventiva poderia levar ao equívoco de legitimá-la enquanto uma consequência direta e imediata da responsabilidade civil, sem considerar, assim, a sua elementar finalidade reparatória ou compensatória e, dependendo do fundamento de aceitação dos *punitive damages*, a própria dimensão axiológica da responsabilidade.

Algumas posições, alicerçadas numa ideia de eficiência e eficácia próprias da análise econômica da responsabilidade civil, poderiam levar a um “*reduccionismo da responsabilidade civil*”, transformando-a em um elemento de mera avaliação econômica⁵⁰ dos custos e benefícios que a prática de um determinado ato lesivo traria ao agente, o que, nas palavras de MAFALDA MIRANDA BARBOSA, acabaria por afastar-se “*por completo do primordial papel da responsabilidade civil, anulando a própria dignidade humana, alicerçada na dialética liberdade responsabilidade*”⁵¹.

Apesar das grandes discussões envolvendo a presença, enquanto instituto autônomo, dos *punitive damages* no Direito

⁴⁹ A doutrina italiana também destaca a discussão envolvendo a função punitiva e dissuasiva da responsabilidade civil.. MASSIMO FRANZONI, ob. cit., pp. 699 e seguintes. CLÁUDIO SCOGNAMIGLIO, “Danno Morale e funzione deterrente della responsabilità Civile”. *Responsabilità. Civile e Previdenza: Rivista mensile di dottrina, giurisprudenza e legislazione*. Ano LXXII, n.º 12 (2007), pp. 2485 a 2502.

⁵⁰ A favor da utilização de argumentos econômicos, mas sem aprofundar nos reflexos dessa teoria em relação às bases da responsabilidade civil, vale destacar o posicionamento apresentado por BORIS PADRON KAUFFMANN, para quem “Não se pode negar que, num sistema capitalista, a sanção pecuniária exemplar é o meio mais eficiente de se induzir ao comportamento adequado às pessoas físicas ou jurídicas. Assim, de uma lado a fixação do valor indenizatório deve compensar o dano moral sofrido, de outro deve levar em consideração o efeito que o valor deve representar para o ofensor, desestimulando-o a repetir o ato lesivo”. *Dano moral e a fixação do valor da indemnização*. Revista de Direito do Consumidor. Brasília, n.º 39, 2001, pp..80-81.

⁵¹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, cit, p. 523.



Português, a compreensão dessa particular função faz-se importante para a discussão que se pretende realizar, principalmente ao se considerar sua natureza acessória em relação à indemnização dos danos não patrimoniais.

2.1.2.1 O carácter acessório da função punitiva

Sem deixar de lado o reconhecimento da primordial função compensatória, antes pelo contrário, reafirmando-a, parte da doutrina nacional admite a influência acessória da função punitiva em relação à indemnização dos danos não patrimoniais^{52 53}.

⁵² Sobre o tema, diversos são os doutrinadores portugueses que admitem a ocorrência da função mista em relação aos danos não patrimoniais. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, ao comentar sobre a forma de avaliação dos danos não patrimoniais ressalta que “Vê-se aqui que a reparação dos danos morais não reveste pura carácter indemnizatório; reveste também, de certo modo, carácter punitivo. É indemnização, se bem que indireta, na medida em que se apresenta como compensação em cuja fixação se atende á gravidade dos danos. É pena – pela privada estabelecida no interesse da vítima – na medida em que se apresenta com um castigo em cuja fixação se atende ainda ao grau de culpabilidade e à situação econômica do lesante e do lesado. Estamos assim, verdadeiramente perante uma providência mista, que participa da natureza da indemnização e da natureza da pena”. Ob.cit, p. 387. Já ANTUNES VARELA argumenta que “a indemnização reveste, no caso dos danos não patrimoniais, uma natureza acentuadamente mista: por um lado, visa reparar de algum modo, mais do que indemnizar, os danos sofridos pela pessoa lesada; por outro lado, não lhe é estranha a ideia de reprová-lo ou castigá-lo, no plano civilístico e com o meios próprios do direito privado, a conduta do agente”. *Das obrigações em geral*. Vol.I, 10ª edição, Ed. Almedina, Coimbra, 2000, p. 608.

Ainda, destaca-se o entendimento apresentado por PAULO MOTA PINTO, que, fazendo a relação entre a função compensatória com a finalidade primária da responsabilidade civil, não exclui a influência das outras funções, salientando que “A adesão à função compensatória – com os corolários da prevenção do enriquecimento e, em princípio, da reparação integral – que professamos como ponto de partida não exclui, porém, o reconhecimento de outras finalidades acessórias da responsabilidade civil, além das compensatórias, e designadamente de uma função preventiva (de orientação da conduta dos destinatários) – nem tal exclusão seria compreensível actualmente”. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I. Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 821.

⁵³ Em relação à doutrina estrangeira, em especial a brasileira, DÉBORA CRISTINA HOLEMBACH GRIVOT apresenta que: “cumpre observar que obrigações de responsabilidade civil tem essencialmente, mas não exclusivamente, uma finalidade

A partir deste entendimento, o *quantum* indenizatório seria acrescido em razão do conteúdo da análise valorativa realizada sobre o comportamento do lesante através da aplicação do disposto nos artigos 496º (4) e 494º do C.C.

Há aqui a influência de critérios distintos, é verdade, e que nem sempre possuem uma conectividade, propriamente dita, com a lesão causada. De um lado, há a indicação da equidade enquanto princípio norteador da fixação do montante da indenização; de outro, a indicação de que os critérios definidos pelo artigo 494º representam fatores relevantes para o agravamento da conduta do lesante, sendo que ambos exercem efeitos diretos sobre a apuração final do valor da indenização.

De fato, não há uma fórmula, inclusive em função da própria natureza do dano, que viabilize uma perfeita adequação monetária entre o dano não patrimonial e o prejuízo causado à vítima, razão pela qual tais regras mostram-se extremamente relevantes para a solução do caso concreto, pois buscam evitar tanto a imposição de valores elevados e desproporcionais, como também de valores irrisórios e que não se aproximam da efetividade da parcela compensatória que

estática, de proteção da esfera jurídica de cada pessoa, através da reparação dos danos por outrem causados, tutelando um interesse do credor que se pode chamar de expectativa na preservação da situação atual (ou de manutenção do status quo). Contudo, apesar de essa finalidade (dita função reparatória, ressarcitória ou indenizatória) ser a primacial, é sabido que a responsabilidade civil pode desempenhar outras importantes funções, uma sancionatória (punitiva) e outra preventiva (dissuasiva)". OTÁVIO LUIZ RODRIGUES, GLADSON MAMEDE E MARIA VITAL DA ROCHA (ORG). *Responsabilidade Civil Contemporânea: Em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. Ed. Atlas, São Paulo, 2011, p. 611.

A doutrina italiana também aborda essa mesma perspectiva: CLÁUDIO SCOGNAMIGLIO. *Danno Morale e funzione deterrente della responsabilit  Civile*. *Responsabilit . Civile e Previdenza: Rivista mensile di dottrina, giurisprudenza e legislazione*. Ano LXXII, n.º 12 (2007), pp. 2485 e 2502.

deve revestir a indemnização dos danos não patrimoniais⁵⁴.

A equidade, que se traduz “na observância das regras da boa prudência, do bom senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida, dos parâmetros de justiça relativa e dos critérios de obtenção de resultados uniformes”⁵⁵, permite, por conseguinte, avaliar todas as circunstâncias particulares do caso para além das que se encontram descritas no artigo 464º, de forma a encaminhar o julgador a uma “ponderação prudencial e casuística das circunstâncias do caso”⁵⁶, o que não significa, contudo, tratar-se de uma atuação discricionária sem limites⁵⁷.

⁵⁴ Nesse sentido, tem-se os seguintes acórdãos do STJ: processo 02A1321, publicado em 25/06/2002 e processo 549/08.7PVLSB.S1, publicado em 15/12/2011. Disponível em www.dgsi.pt

⁵⁵ Esta é a definição apresentada pelo Acórdão do STJ relativo ao processo 256/03.7TBNH.C1.S1, publicado em 04/05/2010. Disponível em www.dgsi.pt

⁵⁶ Em relação à aplicação do critério de equidade, e seus limites, merece destaque o acórdão do STJ, relativo ao processo 5095/04.5TBVNG.P1.S1, publicado em 07/01/2010, no qual resta delimitada a importância da equidade para a análise do caso concreto: “I - Deve-se chegar a tal indemnização através de um juízo de equidade, que não é um qualquer exercício de discricionariedade, mas antes a procura da justiça do caso concreto. III - O juízo de equidade das instâncias, assente numa ponderação prudencial e casuística das circunstâncias do caso – e não da aplicação de critérios normativos – deve ser mantido sempre que – situando-se o julgador dentro da margem de discricionariedade que lhe é concedida – se não revele colidente com critérios jurisprudenciais que generalizadamente vêm sendo adoptados, em termos de poder colocar em causa a segurança na aplicação do direito e o princípio da igualdade.” Disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁷ RUI MANUEL DE FREITAS RANGEL aponta que a apreciação equitativa do caso “vem significar que o julgador não está vinculado à observância rigorosa do direito aplicável á espécie vertente. Tem a liberdade de subtrair-se a esse enquadramento rígido e proferir a decisão que lhe parece mais justa, isto é, o juiz funciona como um árbitro ao qual foi conferido o poder de julgar *ex aequo et bono*. A equidade funda-se, em suma, em razões de conveniência e oportunidade e, principalmente, de justiça concreta”. O A., esclarecendo sobre esta aparente atuação discricionária, em função dos elementos conveniência e oportunidade, apontados pelo

Por outro lado, para além da equidade, há que se notar que os critérios apresentados pelo artigo 494º, que, mesmo versando sobre situações de limitação do valor da indemnização, são acolhidos pela doutrina e pela jurisprudência⁵⁸, no caso dos danos não patrimoniais, enquanto fatores de agravamento da conduta lesiva, havendo, nesse momento, uma manifesta presença da função punitiva, o que implica, por consequência, na ocorrência de efeitos diretos na apuração do valor da indemnização⁵⁹.

mesmo, rechaça por completo a compreensão de que a equidade levaria ao exercício da arbitrariedade, pois, conclui, "equidade não é sinónimo de arbitrariedade pura e simples, mas sim um critério para correcção de direito, em ordem a quem e tenham em consideração, fundamentalmente, as circunstâncias do caso concreto". *A reparação judicial dos danos da responsabilidade civil: um olhar sobre a jurisprudência*. 3ª Edição, revista e ampliada. Ed. Almedina. Coimbra, 2006, pp. 38 e 43.

⁵⁸ Diversos são os acórdãos do STJ com menção expressa ao que foi nomeado como "*componente punitiva da compensação por danos não patrimoniais*", v.g, Acórdão de 19/05/2010, processo 4784/06.4TBVCT.G1.S1. Acórdão de 02/05/2012, processo 1011/2002.L1.S1. Acórdão de 19/05/2010, processo 4784/06.4TBVCT.G1.S1. Disponível em www.dgsi.pt.

Há também o acórdão do Tribunal da Relação do Porto relativo ao processo 4523/09.8TBMTS.P1, publicado em 28/11/2013, que reconhece uma certa "*elasticidade*" na interpretação das normas em relação à reparação dos danos não patrimoniais, merecendo, por isso, destacar um dos seus trechos: "O nosso ordenamento jurídico não prevê os "*punitive damages*", di-lo muito bem o recorrente. Mas, em contrapartida, em sede de reparabilidade dos danos não patrimoniais possui uma elasticidade notável e consente interpretações actualizadoras de normativos legais que são próprios do tempo em que o Código Civil configurou o instituto da responsabilidade civil, de modo a ajustá-los àquelas que são as necessidades actuais de repartição mais justa dos riscos de vida em comunidade e de responsabilidade por comportamento lesivos, sobretudo quando provenientes de entidades obrigadas a cuidados especiais e cujo gigantismo e poder esmaga por completo o cidadão comum". Disponível em www.dgsi.pt

⁵⁹ A aplicação das regras de equidade e a avaliação das demais circunstâncias do caso em relação à apuração do quantum indemnizatório foi bem sintetizada no acórdão do STJ relativo ao processo 272/06.7TBMTS.P1.S1, publicado em 28/10/2010: "Quando o cálculo da indemnização haja assentado decisivamente em juízos de equidade, ao Supremo não compete a determinação exac-

Porém, neste caso, não há que se falar em aumento do valor da indemnização para além do dano, como se assim se procedesse através de aplicação isolada da função punitiva, pois, o mesmo, exatamente em função de sua natureza não patrimonial, não é passível de delimitação económica, de maneira a ser impossível, sem aquela delimitação, a avaliação de uma suposta extensão do valor da indemnização em razão da punição aplicada ao lesante, mesmo quando presente a aplicação dos critérios previstos no artigo 494º.

O que se busca com a delimitação do valor da indemnização, nesse caso, não é punir o lesante, a partir da imposição de uma pena pecuniária, mas sim, *“a determinação do quantum necessário para que aquele apaziguamento possa concretamente funcionar. Unido ao artigo 496º, a intencionalidade da norma constante no artigo 494º altera-se”*⁶⁰.

Nota-se, portanto, que em se tratando de aplicação do artigo 496º c/c o artigo 494º, em relação aos danos não patrimoniais, a finalidade esperada é exatamente a de se estabele-

ta do valor pecuniário a arbitrar em função da ponderação das circunstâncias concretas do caso, - já que a aplicação de puros juízos de equidade não traduz, em bom rigor, a resolução de uma «questão de direito», - mas tão somente a verificação acerca dos limites e pressupostos dentro dos quais se situou o referido juízo equitativo, formulado pelas instâncias face à ponderação da individualidade do caso concreto «*sub judicio*»". Disponível em www.dgsi.pt

⁶⁰ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, ob. cit., pp. 568 e 569. A A., relacionado a aplicação destes dois artigos tanto para os danos patrimoniais quanto para os não patrimoniais ressalta que, "dito de forma ainda mais direta, enquanto no caso dos danos patrimoniais, o sentido do direito – assente na dialética liberdade versus responsabilidade – se cumpre mediante um puro mecanismo reintegrador, no tocante aos danos não patrimoniais, a reafirmação da personalidade só é pensável (ou seja, a responsabilização no seu sentido mais puro) se e quando o lesado se encontrar totalmente apaziguado. E isto só é viável com a entrada em cena de uma ideia estrita de punição, ainda que intrinsecamente associada à ideia de reparação". Ibid., pp. 569 e 570.

lecer a valoração sobre o próprio dano, de forma permitir ao julgador, determinar o montante indemnizatório⁶¹.

Entretanto, de qualquer forma, antes mesmo de se analisar a equidade no caso concreto e a aplicação dos critérios definidos no artigo 464º, faz-se necessário o reconhecimento da gravidade da lesão⁶², de forma a restar justificada a tutela do direito. E esse reconhecimento tem uma relação direta com a compreensão de qual é o bem juridicamente tutelado que foi atingido pelo ato lesivo.

Assim, considerando a ocorrência de grande diversidade de nomenclatura para as mais variadas espécies de danos não patrimoniais, torna-se necessário, nesse momento, termos algumas considerações sobre os chamados danos morais, especialmente em razão da sua repercussão sobre a caracterização dos danos de férias arruinada.

3. Dano moral e a proteção dos direitos de personalidade

A inserção da proteção moral do indivíduo é reconhecida como decorrência da própria proteção dos direitos de personalidade e encontra-se inserida no conteúdo do artigo 25º da Constituição Portuguesa de 1976, donde decorre, por

⁶¹ JULIO GOMES, ob. cit., p. 121.

⁶² Merece transcrição trecho do Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Coimbra relativo ao processo 793/07.4TBAND.C1, publicado em 21/03/2013, onde se encontra expressamente reconhecida a umbilical relação entre gravidade e o dano, no que se refere à ressarcibilidade dos danos não patrimoniais: "XI - A única condição de ressarcibilidade do dano não patrimonial é a sua gravidade (artº 496º, nº 1 do Código Civil)". Disponível em www.dgsi.pt.

consequente, a sua inserção no âmbito de proteção do regime de tutela geral previsto no artigo 70º do C.C.⁶³, vindo a ser considerada como um conteúdo mínimo de direitos necessários e imprescindíveis à composição da esfera jurídica da pessoa acaba por se identificar, como enuncia CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, com “a vida, a saúde, a integridade física e psíquica, a honra, a liberdade física e psicológica, o nome, a imagem e a vida privada”⁶⁴.

Ao lado da compreensão sobre o seu conteúdo mínimo, há que se notar que, ao se estabelecer um regime de tu-

⁶³ Farta é a referência a este tema na jurisprudência portuguesa, podendo ser citados como exemplos os seguintes acórdãos: Supremo Tribunal de Justiça: processo 2612/07.2TVLSB.L1.S1, publicado em 15/05/2013; processo 3920/07.8TBVIS.C1.S1, publicado em 19/04/2012, processo 1529/04.7TBABF.E1.S1, publicado em de 17/04/2012. Tribunal de Relação de Lisboa: processo 6064/05.3TVLSB.L1-2, publicado em 20/09/2012; acórdão relativo ao processo 2209/08.0TBTVL.L1-1, publicado em 11/09/2012 processo 1362/09.0TJLSB.L1-7, publicado em 05/06/2012. Tribunal de Relação de Coimbra: processo 53/10.3TBPNH.C1, publicado em 10/12/2013; processo 462/06.2TBTNV.C1, publicado em de 16/03/2010. Disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁴ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª Edição. Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 209.

Destaca-se, ainda, a relevância e a importância do aprofundado estudo realizado por RABINDRANATH VALENTINO ALEIXO CAPELO DE SOUZA em relação aos direitos da personalidade, onde o A. ao sistematizar a estrutura do bem juridicamente tutelado pela personalidade indica claramente a impossibilidade de tipificação destes direitos na ideia da personalidade física e moral do art. 70º do Código Civil. Ao iniciar a construção de sua ideia de sistematização e estrutura dos direitos de personalidade o A. indica, resumidamente, para depois analisar minuciosamente cada aspecto, que: “Avancemos, por razões práticas de aplicação do Direito, com uma proposta de sistematização da estrutura da personalidade que expresse o mais perto possível a sua interioridade somático-psíquica bem como a sua dimensão relacional <eu>-mundo, que, na base, inclua os bens especiais da personalidade humana já reconhecidos e cristalizados na nossa ordem jurídica, mas que estabeleça ou intua, a partir de tais bens especiais, a teia de interconexões, de projecções e de zonas da personalidade vizinhas desses bens mas ainda não automatizadas ou não autonomizáveis, de forma a possibilitar uma compreensão global da personalidade.” Ob. cit, pp. 202 e 203.

tela geral para o direito de personalidade, o conteúdo desse direito não demanda por uma tipificação⁶⁵.

E isso, até mesmo em razão do fato de que, tal como apontado por LUIS A. CARVALHO FERNANDES, “os direitos da personalidade são reconhecidos e não criados pelo direito, ao qual se impõem como pura manifestação da imanente dignidade da pessoa humana”⁶⁶.

De fato, a evolução da compreensão da abrangência desse conteúdo é fruto, inclusive, da própria evolução da sociedade, posto que o direito de personalidade não pode ser entendido apenas em si mesmo, mas também em um determinado contexto histórico e social⁶⁷, de forma que, de acordo com estes elementos, um determinado ato ou fato jurídico pode vir a ser valorado de forma bastante diferente, seja para excluir a gravidade com base no “*de minimus praetor nan curat*”⁶⁸, ou então, para reconhecer que alguns efeitos decorrentes dos impactos negativos das relações jurídicas passaram a exigir uma

⁶⁵ LUIS A. CARVALHO FERNANDES entende que, nesse caso, “fica sempre reservada ao art. 70º a útil função de afirmar o princípio da tutela plena da personalidade do Homem e de exigir um regime de tipicidade dos direitos da personalidade”. *Teoria Geral do Direito Civil. Vol. 1. Introdução e pressupostos da relação jurídica*. 5ª Edição. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, pp. 232 e 233.

⁶⁶ LUIS A. CARVALHO FERNANDES, ob. cit., p. 232.

⁶⁷ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, ob. cit., p.210.. Merece transcrição o posicionamento apresentado pelo A. ao comentarem sobre a tutela geral da personalidade: “A consagração dessa proteção geral [direito à vida, à integridade física, à liberdade, à honra] da personalidade – de onde se retira, além destes direitos especiais, também um direito geral da personalidade – permite conceder tutela a bens pessoais não tipificados, designadamente protegendo aspectos da personalidade cuja lesão ou ameaça de violação só com a evolução dos tempos assumam um significado ilícito (p.ex. a identidade genética ou a <auto-determinação informativa> ou o controlo sobre os dados pessoais)”, *Ibid.*, pp. 209 e 210.

⁶⁸ LUIS DíEZ-PICAZO., ob. cit., 241.

especial proteção. E é exatamente nesse contexto que se acaba por solidificar a compreensão da necessária tutela do direito em relação à indenização por danos morais.

Diversos são os estudos envolvendo a temática do dano moral⁶⁹ e muitas são as tentativas de estabelecer o conteúdo do interesse legitimamente protegido em relação a este dano, o que, considerando a grande carga valorativa incidentes sobre a análise da extensão da proteção moral, acaba por gerar uma multiplicidade de conceitos⁷⁰.

⁶⁹ AUGUSTO ZENUN. *Dano Moral e Reparação*. 7ª Edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 1998. MARCELO MARRIENTOS ZAMORANO. *El resarcimiento por daño moral em España y Europa*. Ratio Legis, Salamanca, 2007. ARTHUR MARTINHO DE OLIVEIRA JÚNIOR. *Danos morais e à imagem*. Lex Editora, São Paulo, 2007. REIS CAYTON. *Avaliação do dano Moral*. Ed. Forense. 1999. ADRIANO CELESTINO RIBEIRO BARROS. *Dano moral coletivo e os direitos metaindividuais sob o prisma de Direito Constitucional*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, Ano 17, n. 68 (jun/set. 2009), pp. 9-18. PEDRO BRANQUINHO FERREIRA. *O dano moral: na doutrina e na jurisprudência*. Ed. Almedina, Coimbra, 2001.

⁷⁰ Dentre os autores portugueses que buscaram delimitar o conteúdo do que vem a ser o dano moral, destaca-se, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, que, diferenciando-os dos danos não patrimoniais, os danos morais seriam uma "designação menos rigorosa". O A., ao analisar situações onde ocorreriam danos não patrimoniais, busca estabelecer a diferenciação através da seguinte justificativa: "Ora, se confrontarmos estes últimos danos com os do parágrafo anterior, observamos que eles têm uma característica comum: uns e outros se mostram insusceptíveis de uma avaliação pecuniária, sendo, portanto, danos não patrimoniais. Mas só os primeiros ("in casu", os vexames e a desconsideração social), resultantes da ofensa a bens ou valores de ordem moral (como a honra, o bom nome e a reputação), se podem considerar, em rigor, danos morais propriamente ditos. *Sobre a Reparação dos Danos Morais*, cit., p. 19

Em relação à doutrina brasileira, que parte da previsão constitucional da reparação dos danos morais, diversos são os autores que se destacam nessa tentativa de delimitação das características do dano moral, v.g, SILVIO DE SALVO VENOZA, para quem "será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinada em cada caso". Entretanto o A. faz um importante alerta: "a dor moral insere-se no amplo campo da teoria dos valores. Desse modo, o dano moral é indenizável, ainda que não resulte em alterações

Entretanto, não há como se desconhecer a sua íntima relação com o conteúdo do direito de personalidade⁷¹. Vale lembrar, contudo, que os danos à integridade física podem gerar outros efeitos – danos estéticos, biológicos e corporais, dentre outros – que não aqueles tradicionalmente apontados como danos morais, inclusive, os danos de natureza patrimonial⁷².

Sem desconsiderar todos os esforços da doutrina e da própria jurisprudência na busca por um conceito de dano moral, mas, por se tornar necessário estabelecer um elemento de partida para a sua análise e compreensão, em especial na sua relação com o dano de férias arruinada, adotaremos a singela, mas nem por isso desprovida de conteúdo, definição apresentada por SILVIO DE SALVO VENOSA, para o quem o dano moral seria *“o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, [...], um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso”*⁷³.

psíquicas. Como enfatizamos, o desconforto anormal decorrente de conduta do ofensor é indenizável”. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol 4. Editora Atlas, São Paulo, 2005, p. 46.

Cabe salientar, também, o entendimento apresentado por CARLOS ALBERTO BITTAR, para quem os danos morais seriam aqueles que violam os interesses da pessoa “relativos aos atributos valorativos, ou virtudes, vale dizer, dos elementos que a individualizam como ser, de que se destacam a honra, a reputação, as manifestações do intelecto”. *Reparação Civil por danos morais*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 34.

⁷¹ A jurisprudência do STJ posiciona-se nesse sentido,: Processo 5509/09.8TVLSB.L1.S1, publicado em 26/09/2013; processo 2612/07.2TVLSB.L1.S1, publicado em 15/03/2013. Disponível em www.dgsi.pt.

⁷² Tribunal da Relação do Porto. Acórdão relativo ao processo 403/10.2TBPNF.P1, publicado em 06/02/2014. Acórdão relativo ao processo 545/09.7VPT.P1, publicado em 11/11/2013. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão relativo ao processo 9347/11.0 T2SNT.L1-6, publicado em 16/01/2014. Disponível em www.dgsi.pt.

⁷³ SILVIO DE SALVO VENOSA, ob. cit., p. 46l.

A conceituação supra aponta, assim, para um importante quesito de caracterização do dano moral, permitindo, inclusive, certo distanciamento do conceito genérico de dano não patrimonial.

Nestes termos, a partir da compreensão de que o conteúdo do direito de personalidade encontra-se em constante transformação, forçoso não será admitir que situações antes não reconhecidas como merecedoras da tutela do Direito possam, em um determinado momento e sob determinadas condições, tornarem-se caracterizadoras do dever de indenizar em função da compreensão de sua gravidade e da consequente necessidade de tutela pelo ordenamento jurídico.

E é nesse contexto, notadamente considerando todos os reflexos decorrentes do regime de proteção do consumidor que uma particular situação envolvendo o inadimplemento contratual veio a ser reconhecida como geradora do dever de indenização: o dano de férias arruinada⁷⁴.

⁷⁴ Para outras abordagens sobre o tema, notadamente na doutrina italiana, onde o mesmo tem despertado grande interesse, MASSIMO FRANZONI, *ob. cit.*, pp. 604 e seguintes. CARLOS CASTRONOVO E SALVATORE MAZZAMUTO. *Manuale di diritto privato europeo*. Vol.II. Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp. 981 e seguintes.

4. As viagens turísticas, o incumprimento contratual e o dano de férias arruinada

4.1. Breve contextualização legislativa

Inegável que a partir do Direito Europeu, em especial no que se refere à necessidade de transposição de normas comunitárias para o Direito Nacional, o sistema jurídico de um determinado Estado Membro precisa lidar com novas realidades jurídicas que, por vezes, acabam por não se encontrar em verdadeira simetria com o ordenamento jurídico interno.

De fato, com a elaboração de Directivas que buscam certo grau de uniformização legislativa, ora um Estado Membro terá mais facilidade para incorporar elementos que já se encontram solidificados em sua cultura jurídica, ora encontrará certa dificuldade exatamente pela aparente assimetria criada.

Certo, porém, é que as Directivas revestem-se de um importante carácter vinculante, contudo, esse aspecto ocorre tão somente em relação aos resultados que se espera alcançar, cabendo a cada Estado Membro adotar, tal como disposto em sua ordem jurídica interna, o respectivo processo legislativo apto a transpor tais normas comunitárias para o Direito Nacional⁷⁵.

⁷⁵ ANA MARIA GUERRA MARTINS. *Manual de Direito da União Européia*. Ed. Almedina, Coimbra, 2012, p. 476.

E foi em razão dessa necessidade, notadamente em relação à Directiva 90/314/CEE⁷⁶, de 13 de junho de 1990, que se procedeu à regulamentação dos serviços de viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados através do Decreto Lei 209/97, de 13 de agosto⁷⁷.

Esta mesma norma, em função da necessidade de atualização legislativa decorrente do advento da Directiva 2006/123/CE⁷⁸, de 12 de dezembro de 2006, veio ser atualizada, pelo Decreto Lei 61/2011, de 06 de maio⁷⁹.

Este Decreto Lei, além de dispor sobre questões específicas da atuação das agências de viagem e turismo dentro do mercado, dispõe, também, sobre o contrato de prestação de serviço, em relação, v.g, aos critérios de caracterização dos contratantes, seus deveres e a responsabilidade das agências de viagens perante os seus clientes.

⁷⁶ Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31990L0314&rid=1>>, acesso em 03/03/2014.

⁷⁷ Posteriormente republicado pelo Decreto-Lei n.º 263/2007, de 20 de Julho.

⁷⁸ Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0123&rid=1>>, acesso em 03/03/2014.

⁷⁹ Que sofreu algumas alterações decorrentes do Decreto-Lei n.º 199/2012, de 24 de Agosto e pelo Decreto-Lei n.º 26/2014, de 14 de Fevereiro., mas que não se relacionam ao tema do presente estudo.

4.2. O contrato de viagem turística

4.2.1 A agência de viagem e turismo

Dando enfoque à caracterização da agência de viagem e turismo enquanto prestadora de serviço, o artigo 3º (1) do Decreto-Lei 61/2011, de 06 de maio, apresenta uma lista de atividades que lhe seriam típicas⁸⁰.

Por outro lado, a norma também indica a possibilidade de outros serviços serem incluídos na atividade da agência. Contudo, assim o estarão em caráter eminentemente acessório, tal como previsto no item (2) do mesmo artigo 3º⁸¹.

⁸⁰ Os serviços típicos, descritos no artigo 3º (1) são: organização e venda de viagens turísticas; a representação de outras agências de viagens e turismo, nacionais ou estrangeiros, ou de operadores turísticos nacionais ou estrangeiros, bem como a intermediação na venda dos respectivos produtos; a reserva de serviços em empreendimentos turísticos; a venda de bilhetes e reserva de lugares em qualquer meio de transporte e a receção, transferência e assistência a turista.

⁸¹ Os serviços acessórios, descritos no item 2, do artigo 3º são: a obtenção de certificados coletivos de identidade, vistos ou outros documentos necessários à realização de uma viagem; a organização de congressos e de eventos semelhantes; a reserva e a venda de bilhetes para espetáculos e outras manifestações públicas; a realização de operações cambiais para uso exclusivo dos clientes, de acordo com as normas reguladoras da atividade cambial; a intermediação na celebração do contrato de aluguer de veículos de passageiros sem condutor; a comercialização de seguros de viagem e de bagagem em conjugação e no âmbito de outros serviços por si prestados; a venda de guias turísticos e de publicações

Cabe destacar, também, a existência de uma diferenciação em relação aos tipos de serviços prestados por uma agência de viagem e turismo, quais sejam: viagens turísticas propriamente ditas, viagens organizadas e viagens por medida^{82 83}.

Há que se reconhecer, nestes termos, que, no contexto apresentado pelo Decreto lei 61/2011, de 06 de maio, a atividade comercial exercida por estas empresas encontra-se ligada diretamente ao turismo.

semelhantes; o transporte turístico efetuado no âmbito de uma viagem turística, nos termos definidos no artigo 15 do Decreto lei 61/2011, de 06 de maio, e, por fim, a prestação de serviços ligados ao acolhimento turístico, nomeadamente a organização de visitas a museus, monumentos históricos e outros locais de relevante interesse turístico.

⁸² Em linhas gerais, de acordo com a definição apresentada pelo Decreto Lei 61/2011, de 06 de maio, as viagens turísticas propriamente ditas, são aquelas em que sejam combinados pelo menos dois dos seguintes serviços: transporte, alojamento e serviço turístico não subsidiários do transporte e do alojamento, como v.g., os serviços relativos às atividades próprias, delimitadas pelo art. 3º do mesmo decreto.

Já para a caracterização das viagens organizadas, há a necessidade de combinação prévia e que os dois dos três serviços a seguir indicados sejam a um preço com "tudo incluindo", e que excedam 24 horas ou incluam uma dormida: transporte, alojamento e serviços turísticos não subsidiários aos anteriores. Nesse último caso, a norma do artigo 15, (2), c, indica a relação destes últimos serviços com atividades desportivas, religiosas e culturais, sem, contudo, fazer menção à limitação de sua aplicação apenas nestes casos. No nosso entendimento, estes são exemplos típicos de atividades vinculadas ao turismo, mas, contudo, não são as únicas possíveis de se enquadrarem no conteúdo destas viagens, que podem, inclusive, em razão do conceito de cliente de cliente, também estar relacionadas ao turismo de negócios.

Por fim, a terceira forma de contratação refere-se às viagens por medida, que seriam aquelas que são preparadas a pedido do cliente para satisfação de uma demanda específica e, de certa forma, personalizadas, já que não se trata da contratação de pacotes turísticos previamente estruturados pela empresa, de forma a ter uma maior participação do cliente na construção do objeto contratual.

⁸³ Para uma abordagem mais aprofundada sobre estas espécies de contrato de viagem turística, cf. MIGUEL MIRANDA. *O contrato de viagem organizada*. Editora Almedina, Coimbra, 2000. RAFAEL AUGUSTO DE MOURA PAIVA. *Direito, Turismo e Consumo*. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2012.

4.2.1.1 O turismo como consequência do vínculo contratual

Da análise do rol de atividades próprias, e acessórias, de uma agência de viagem e turismo decorre que uma de suas principais funções é a de criar um elo entre o cliente e os efetivos prestadores dos serviços – de hospedagem, de transporte, dentre outros – , havendo, assim, uma íntima relação com os atos preparatórios à realização de uma atividade turística⁸⁴.

E esta atividade tem sua natureza principal ligada à noção de lazer, prazer, diversão, descanso, relaxamento e tantos outros proveitos imateriais que o turista busca em seu tempo livre, sendo este, inclusive, o contexto que marca a evolução do turismo a partir da segunda metade do século XX⁸⁵.

Assim, a recreação e seus efeitos positivos acabam por integrar um dos objetivos esperados com a realização do ne-

⁸⁴ MIGUEL MIRANDA. *ob. cit.*, p. 29.

Ainda, merece destaque a relação entre turismo e atividade comercial (exercida pelas agências), tal como aponta AMALIA RAQUEL PÉREZ-NEBRA E VLÁUDIO V. TORRES, para quem, “uma das características mais marcantes do turismo é tratar de um serviço, cujo processo é essencialmente comercial e, como tal, simbólico e intangível, e cujo resíduo é uma experiência vivencial”. Medindo a imagem do destino turístico: uma pesquisa baseada na teoria de resposta ao item. *Revista Administração Contemporânea*. [online], Vol.14, n.1 (2010), pp.. 80 a 99.

⁸⁵ Traçando uma discussão sobre o conceito de turismo, JOSÉ RENATO DE CÉSAR CASTRO, citando outros autores, indica essa particular relação do turismo com o lazer: “Note-se que turismo, numa análise semiótica, para Callizo Soneiro, Boniface & Cooper, Monheim, Mathieson & Wall e Michaud, representa somente uma das muitas atividades de recreação, ou seja, o turismo é uma atividade recreativa e faz parte do tempo de ócio.” As graves questões comportamentais referentes ao conceito de Turismo e de turista, nas quais se baseiam a antropologia e a sociologia, resolvem-se através da psicologia da gestalt. *Revista Mal-estar e Subjetividade*, vol. 3, núm. 1 (mar/ 2003), p. 205.

gício jurídico, havendo, nestes termos, o reconhecimento de que o contrato de viagem representaria um meio pelo qual o cliente teria contato com uma gama de sensações que lhe afetariam positivamente^{86 87}.

Portanto, o prestador do serviço acaba não apenas por oferecer um produto objetivamente identificado, tal como uma passagem aérea ou a hospedagem em um determinado hotel, mas também, através das mais variadas formas, por gerar expectativas ao cliente, notadamente quando se tem em causa serviços prestados com o objetivo manifesto de viabilizar o descanso, a diversão e o lazer para o mesmo⁸⁸.

Contudo, em alguns casos, em decorrência de incumprimento ou cumprimento parcial do contrato, estas expectativas poderão restar frustradas, gerando repercussões para além da esfera patrimonial, causando efeitos psicológicos negativos aos contratantes⁸⁹.

⁸⁶ Para uma abordagem acerca dos benefícios advindo do turismo, cf. MÁRIO JORGE PIRES. *Lazer e turismo cultural*. 2ª ed. Editora Manole. 2002.

⁸⁷ Para uma discussão mais aprofundada da temática envolvendo a finalidade turística como causa dos contratos de viagens, inclusive com discussões sobre decisões jurisprudenciais de outros Estados, cf. RAFAEL AUGUSTO DE MOURA PAIVA, ob. cit., pp. 145 e seguintes.

⁸⁸ . Não excluindo, contudo, outras tipologias qualificadoras do turismo, tal como apontam, , MARCO ROBERTO CORREA E ROSÁRIA PEREIRA para quem “ a noção da existência de uma tipologia turística (turismo rural, turismo cultural, turismo de natureza, turismo de saúde, turismo urbano, turismo de negócios) surge, então, a partir da intersecção a longo prazo entre procura turística, produto turístico e oferta turística num determinado espaço (destino). No caso específico do turismo de negócios, esse território é, por excelência, o espaço urbano.” Turismo de negócios: viabilidade e potencial. *Dos Algarves – Revista da ESGHT/UAIG*, n.º 19 (2010), p. 63.

⁸⁹ Esse efeito é reconhecido no já citado acórdão da Relação de Lisboa relativo ao processo 2006/2008-7, publicado em 24/06/2008, onde há referência a um dano “decorrente da frustração de não se ter realizado a viagem tal como fora idealizada e programada”. Disponível em www.dgsi.pt.

4.2.2 O cliente

Importante destacar que, no texto da Directiva 90/314/CEE, de 13 de junho, há referência expressa ao termo consumidor enquanto o contratante do serviço, sendo o mesmo caracterizado, em seu artigo 3 (4), como a “pessoa que adquire ou se compromete a adquirir a viagem organizada (o contratante principal) ou qualquer pessoal em nome da qual o contratante principal se compromete a adquirir a viagem organizada (os beneficiários) ou qualquer pessoa a quem o contratante principal ou um dos outros beneficiários cede a viagem organizada (o cessionário)”.

Entretanto, a norma portuguesa acabou por adotar a expressão “cliente”, que, como entendido por parte da doutrina, seria mais abrangente e permitiria a proteção de outros sujeitos para além daqueles que vieram a se caracterizar como consumidor⁹⁰.

Fato é que, pouca ou nenhuma diferença se apresenta quanto ao conceito de cliente em relação ao conceito de consumidor indicado pela Directiva 90/314/CEE, de 13 de junho, já que a proteção prevista no Decreto Lei 61/2011, de 06 de maio, é garantida tanto ao que contrata o serviço –que é o cliente propriamente dito – como a todos os beneficiários do serviço contratado, assim como aos eventuais cessionários do contrato, que, mesmo não sendo clientes, gozam da mesma proteção legal⁹¹.

⁹⁰ MIGUEL MIRANDA, ob. cit, p. 95.

⁹¹ Importante destacar que, seja no Decreto Lei 61/2011, de 06 de maio, seja na Directiva 90/314/CEE, de 13 de junho, não há a necessidade do sujeito que recebe a proteção legal integrar a relação contratual. Para nós, o que resta caracterizada é a adoção de conceito de cliente/consumidor alargado, sendo que



4.3 O incumprimento contratual e o dano de viagem arruinada

Conforme analisado no início deste estudo, é reconhecido pela doutrina e jurisprudência situações onde, dentro do regime da responsabilidade contratual, seria admitida a indenização de danos não patrimoniais, mas, frisa-se, sempre levando em conta a sua excepcionalidade, tal como nos casos envolvendo os danos morais.

Ocorre que, analisando a proteção estabelecida pela norma de Direito Europeu, notadamente em relação à indenização do cliente, a previsão de reparação dos danos não patrimoniais, por violação do contrato, não se encontrava expressamente consignada.

Contudo, em razão desta aparente omissão, e intimamente ligado à atividade hermenêutica do Direito Comunitário, o Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE – foi provocado acerca da interpretação e abrangência do artigo 5º da referida Directiva, mais precisamente, se estaria garantido ao consumidor o direito de indenização em razão da ocorrência de um dano moral, advindo do incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato⁹².

a proteção alargada, de fato, não torna o beneficiário da norma um cliente, pois, cliente, seria apenas aquele que integra a relação contratual, mas, mesmo não o sendo parte integrante, a lei lhe atribui a mesma proteção.

⁹² O artigo 5º, (1, 2 e 3) assim previa:

1 – Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que o operador e/ou a agência que sejam partes do contrato sejam responsáveis peran-

O TJUE, analisando os objetivos da Directiva, dando enfoque na proteção do consumidor e compreendendo que, no âmbito das viagens turísticas, a reparação do dano causado pela perda do gozo de férias tem para os consumidores uma importância especial, sustentou que a interpretação que deveria ser dada ao artigo 5º seria a de *"conferir, em princípio, ao consumidor, um direito à reparação do dano moral resultante da não execução ou da incorreta execução das prestações incluídas numa viagem organizada"*⁹³.

Os efeitos desta interpretação tornaram-se demasiadamente relevantes para o ordenamento jurídico português, por dois grandes motivos: o primeiro, pelo fato de que o Decreto Lei 61/2011, de 06 de maio, também não ter sido expresso quanto à extensão da responsabilidade pelo incumprimento ou cum-

te o consumidor pela correta execução das obrigações decorrentes do contrato, quer essas obrigações devam ser executadas por eles próprios ou por outros prestadores de serviços, e isso sem dano do direito de regresso do operador e/ou da agência contra esses outros prestadores de serviço.

2 – No que se refere aos danos que a não execução ou a incorreta 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 incorreta execução não seja imputável nem ao operador e/ou á agência nem a outro prestador do serviço[...]. No que diz respeito aos danos resultantes da não execução ou da incorreta 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. No que diz respeito aos danos não corporais resultantes da não execução ou da incorreta execução das prestações inerentes à viagem organizada, os Estados-Membros podem admitir que a indemnização seja limitada por força do contrato. Essa limitação não deve ultrapassar o limite do razoável.

3 – Sem prejuízo do quarto parágrafo dos nº 2, os nº 1 e 2 não podem ser derogados por quaisquer cláusulas contratuais.

⁹³ Acórdão TJUE de 12 de março de 2002, relativo ao processo C-168/00. Disponível em www.curia.europa.eu.

primento parcial do contrato para os danos não patrimoniais, e o segundo, que é o mais relevante, porque a referida interpretação acabou por apresentar mais uma situação que deve ser analisada, quando do caso concreto, como potencial geradora de danos não patrimoniais.

Essa avaliação veio a ser realizada pelos Tribunais portugueses, que, em determinados casos envolvendo os danos de férias arruinadas, acabaram por estabelecer o dever de indemnizar os danos não patrimoniais decorrentes do incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato de viagem organizada⁹⁴.

Observa-se, assim, o reconhecimento do abalo psicoló-

⁹⁴ Alguns acórdãos merecem destaque em razão de se referirem expressamente à determinadas emoções sentidas pelos clientes como, primeiramente merecedoras da tutela do direito, e, conseqüentemente, enquanto caracterizadoras do dano de viagem arruinadas/dano das férias estragadas e sua relação com a respectiva reparação dos danos não patrimoniais.

O primeiro destes acórdãos foi proferido pelo tribunal da Relação de Coimbra, referente ao processo 895/09.2TBFIG.C1, publicado em 06/12/2011, onde infere-se que: *“Se, devido ao cumprimento defeituoso, os clientes se sentiram revoltados, frustrados, desiludidos, emocionalmente desgastados desgostosos, está-se perante o já denominado dano das férias estragadas, de natureza não patrimonial, mas de gravidade suficiente para merecer a tutela do direito.*

Nesse mesmo sentido também se pronunciou o Tribunal da Relação de Lisboa, no processo 2006/2008-7, publicado em 24/06/2008: *“Em caso de incumprimento ou cumprimento defeituoso do programa contratual, além de outros danos eventualmente sofridos, os lesados têm ainda direito a receber indemnização pelo chamado «dano das férias estragadas», decorrente da frustração de não se ter realizado a viagem tal como fora idealizada e programada, dano que assume particular relevância quando se trata de destinos longínquos e caros, a que se não volta com facilidade uma segunda vez.”*

O Tribunal da Relação do Porto também já se manifestou em relação a estes danos no acórdão publicado em 06/05/2013, relativo ao processo 1040/09.0TJPRT.P1, nos seguintes termos: *“Se em virtude da perda da bagagem remetida por avião a A. passou parte das suas férias a comprar e lavar roupa para substituir a que estava nessa bagagem, o que lhe causou tristeza, angústia, sofrimento, desânimo e stress, tais danos revestem gravidade suficiente para merecerem a tutela do direito”*. Disponível em www.dgsi.pt.

gico decorrente do dano de férias arruinadas como um evento sério e passível de proteção nos termos gerais do C.C.

A jurisprudência nacional nestes termos acabou por reconhecer a ocorrência do dano de férias arruinada, de forma a adequar a sua indemnização com o entendimento estabelecido pelo STJ no que se refere à compreensão da sua gravidade, para fins de fixação de indemnização dos danos não patrimoniais⁹⁵.

Entretanto, ainda que a caracterização da gravidade dos danos de férias arruinada careça de maiores discussões e amadurecimento, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência portuguesa, há que se atentar, desde já, para a existência de disposição normativa que acaba por gerar importantes efeitos, não apenas em relação à definição do *quantum* indemnizatório, como também em relação à própria caracterização do dever de indemnizar: o dever de cooperação do cliente.

⁹⁵ Demonstrando a importância de se avaliar concretamente o evento danoso, a fim de analisar até que ponto o dano causado seria grave, o STJ, no acórdão relativo ao processo 07A1187, publicado em 25/05/2007, chama a atenção para a necessidade de não banalização da proteção dos direitos da personalidade, em relação a determinados abalos morais ou espirituais, nos seguintes termos: "O dano não patrimonial não reside em factos, situações ou estados mais ou menos abstractos aptas para desencadear consequências de ordem moral ou espiritual sofridas pelo lesado, mas na efectiva verificação dessas consequências; A avaliação da gravidade do dano, para efeitos de compensação, tem de aferir-se segundo um padrão objectivo; Dano grave não terá que ser considerado apenas aquele que é "exorbitante ou excepcional", mas também aquele que "sai da mediania, que ultrapassa as fronteiras da banalidade". Um dano considerável que, no seu mínimo, espelha a intensidade duma dor, duma angústia, dum desgosto, dum sofrimento moral que, segundo as regras da experiência e do bom senso, se torna inexigível em termos de resignação". Disponível em www.dgsi.pt.



4.4 O dever de cooperação como filtro para a análise do dano de férias arruinadas

No termos do artigo 27 (5) do Decreto Lei 61/2011, “caso se verifique alguma deficiência na execução do contrato relativamente a serviços de alojamento e transporte, o cliente deve, sempre que possível, contactar a agência de viagem, para que a mesma possa assegurar, em tempo útil, a prestação de serviços equivalentes aos contratados”.

Nota-se que a norma em questão impõe ao cliente uma responsabilidade quanto à prática de ações que visem reduzir os efeitos negativos do incumprimento contratual ou do seu cumprimento defeituoso, de forma a permitir ao contratado, ao menos em tese, a possibilidade de adotar as medidas necessárias à garantia dos interesses contratuais do cliente, em relação à sua viagem turística.

Há aqui, assim, um dever do cliente de, nos casos que envolvam serviços de alojamento e transporte, cooperar com o prestador do serviço de maneira a mitigar e até mesmo afastar, dependendo do caso concreto, possíveis danos decorrentes do incumprimento do contrato⁹⁶.

⁹⁶ Essa medida acaba por estabelecer similitude com o que dispõe o artigo 570º do C.C, que estabelece a análise da culpa do lesado para o evento lesivo. Essa similitude, entretanto, não representa identidade completa com o evento tratado no artigo 570º, já que o incumprimento contratual, elemento central na geração do dano de viagem arruinada, ocorrerá independentemente da atuação do cliente.

Contudo, os efeitos do cumprimento desse dever de cooperação sobre a caracterização ou não do dever de indemnizar pelos danos de férias arruinadas acabam por estar vinculados à compreensão das funções da indemnização destes danos.

Tal como visto, há uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de se acolher o carácter misto da indemnização. Ou seja, há, assim, de maneira concreta, um conteúdo punitivo que se relaciona diretamente com o inadimplemento

Comentando sobre as repercussões da culpa do lesado dentro da responsabilidade contratual, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, salienta que “o comportamento censurável do lesado pode eliminar ou atenuar a responsabilidade do lesante. Justifica-se a solução na medida em que, neste caso, a censurabilidade pessoal de que é suscetível a conduta deste último diminui, chegando, eventualmente, ao ponto de cessar, por compensação com igual censurabilidade de que é passível a conduta do lesado”. *Código Civil Anotado. Vol.2 Direito das Obrigações (artigos 397º a 893º)*. Quid Juris Sociedade Editora, Coimbra, 2012, p. 334.

Importante, ainda, são as duas considerações apresentadas por ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, que, comentando sobre o artigo 570º e 572º chama a atenção para o fato de que: “em primeiro lugar, a expressão “culpa” deve ser amplamente entendida: a indemnização é reduzida ou anulada sempre que os danos sejam provocados pelo lesado (e na medida em que o sejam) ainda que não voluntariamente ou ainda que licitamente; em segundo lugar não há, aqui, uma limitação da indemnização mas apenas uma delimitação dos danos que, ao agente, deve ser imputados”. Ob. cit., pp. 731 e 732.

Há que se apresentar a ressalva feita por JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA quanto aos pressupostos para a aplicação da regra do artigo 570: “Se é, como se disse, e o vimos de certo jeito de comprovar, orientação dominante esta de fazer depender a indemnização da comparticipação do lesado na produção dos danos, costuma, todavia, pôr-se para isso algumas condições ou pressupostos. Por um lado, exige-se que o facto do prejudicado se possa considerar uma causa (concausa) do dano ou do seu aumento, em concorrência, pois, com o facto causal do lesante.” *Direito das obrigações*, Vol. I. Editora Almedina, Coimbra, 2003, p. 523. Esse comportamento, indicado pelo A. tem uma relação muito próxima à algumas situações onde poderão originar os danos de viagem arruinada.

Por fim, para uma discussão específica sobre o fundamento do critério de repartição do dano consagrado no art. 570, notadamente dentro da responsabilidade extracontratual, cf. JOSÉ CARLO BRANDÃO PROENÇA. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coleção Teses. Editora Almedina, Coimbra, 1997, pp. 399 e seguintes.

contratual, o qual, independentemente da atuação ou não do contratado no sentido de assegurar serviços de transporte e alojamento equivalentes, geraria, por si só, um ilícito contratual.

Assim, caso se entenda que a indenização dos danos não patrimoniais deva pender para a sua função punitiva, a não observância do dever de cooperação teria pouca ou nenhuma relevância sobre a determinação do *quantum* indenizatório, pois, como visto, o que se pretenderia com a indenização seria a imposição de uma verdadeira pena privada, por si só fundamentada no incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato.

Entretanto, em função do carácter excepcional que reveste a indenização dos danos não patrimoniais dentro da responsabilidade contratual, há que se reafirmar a prevalência da função compensatória, da qual, a função punitiva, sob pena de descaracterizar a própria fundamentação da responsabilidade civil, sempre será acessória.

A presença do dever de cooperação reforça, nestes termos, a proeminência do carácter compensatório sobre o punitivo, na medida em que mitiga sobremaneira a relevância do incumprimento do contrato, dando maior atenção aos efeitos das ações ou omissões de cada uma das partes, no que se refere às medidas adotadas para se evitar a ocorrência do próprio dano de férias arruinada.

5. Conclusão

A imposição do dever de indenizar em decorrência de um dano não patrimonial é uma exceção, e isso resta solidi-

ficado ainda mais quando se considera a estrutura do ordenamento jurídico civil português, que, mesmo não sendo tipificador das situações merecedoras de reparação dos danos não patrimoniais, adota um perfil mais limitador quanto às situações que, concretamente, merecem receber, em função da sua gravidade, a tutela do direito. E essa limitação, como visto, é ainda mais perceptível em relação aos danos não patrimoniais dentro do regime da responsabilidade contratual.

Contudo, através da influência advinda da interpretação realizada pelo TJUE sobre o conteúdo de dispositivo da Directiva 90/314/CEE, de 13 de junho, que reconheceu ao consumidor o direito à indemnização por danos morais em razão do incumprimento ou cumprimento defeituoso de um contrato de viagem organizada, observou-se um alargamento em relação aos eventos que, causadores de dano não patrimoniais, passaram a merecer a tutela do direito.

Há que se atentar, ainda, para a necessária consideração dos impactos gerados pelo dever de cooperação previsto no item (5) do artigo 27º do Decreto Lei 61/2011, de 06 de maio, posto que, através do mesmo, reafirma-se, com a relevância dada ao comportamento das partes envolvidas no caso concreto, a importância da equidade como critério justificados do dever de indemnizar.

Essa medida acaba, assim, por estabelecer mais um filtro em relação ao reconhecimento de danos não patrimoniais dentro da responsabilidade contratual, de forma a evitar uma ampliação indiscriminada da mesma, tendo como causa, tão somente, o incumprimento contratual.

Essa compreensão, assim, permitiria ao julgador, adotando os mesmos critérios delimitados pelo artigo 496º do C.C,

notadamente o da equidade, analisar concretamente a repercussão da não cooperação do lesado sobre a extensão e caracterização dos danos não patrimoniais, de forma, ou a mitigar o valor da indenização ou até mesmo para excluir o dever de indenizar.

O SOBREENDIVIDAMENTO POR CRÉDITOS AO CONSUMO E OS PRESSUPOSTOS DE INDEFERIMENTO LIMINAR DA EXONERAÇÃO DO PASSIVO RESTANTE NO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA

Francisco Arthur de Siqueira Muniz¹

Resumo: Investiga-se neste artigo a configuração dos pressupostos de indeferimento liminar da exoneração do passivo restante nos processos de insolvência decorrentes do sobreendividamento causado pela contratação de múltiplos créditos ao consumo. Demonstra-se a relevância do conceito de *kairos* e do modelo narrativo-argumentativo de compreensão do problema da prova para a concretização dos requisitos do art. 238.º, 1- d), do CIRE. Analisa-se a posição doutrinária e jurisprudencial acerca do tema e conclui-se pela necessidade de se (re)configurar o sentido dos pressupostos do art. 238.º, 1- d), do CIRE, e interpretá-lo em consonância com o sentido do direito.

¹ Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Pós-Graduado em Direito Marítimo e Portuário pela UNINASSAU, advogado inscrito na Ordem dos Advogados Portugueses e na Ordem dos Advogados do Brasil, professor e Coordenador da Graduação em Direito do Centro Universitário Maurício de Nassau.

Palavras-chave: insolvência, sobreendividamento, *kairos*, CIRE.

Abstract: This article examines the configuration of preliminary rejection of the exemption of the remaining liabilities in the insolvency proceedings due to the over-indebtedness caused by the contraction of multiple consumer credits. It demonstrates the relevance of the concept of *kairos* and the narrative-argumentative model of understanding the problem of proof and for the fulfillment of the requirements of art. 238, 1-d) of the CIRE. The doctrinal and jurisprudential position on the subject is analyzed and it is concluded by the need to (re)configure the sense of the presuppositions of art. 238, 1-d), and to interpret it in accordance with the meaning of the law.

Keywords: Insolvency, over-indebtedness, *kairos*, CIRE.

1. Introdução: as respostas do ordenamento português ao problema do sobreendividamento do consumidor de múltiplos créditos ao consumo

Na sociedade contemporânea, recorrer ao mercado para consumir torna-se não somente um imperativo, mas um meio de existência², uma vez que a autossuficiência produtiva

² THIERRY BOURGOGNIE, "O conceito jurídico de consumidor", in *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 2, mar. 1992, p. 18

dos indivíduos é uma utopia dissonante da vida em comunidade, mormente nos moldes e costumes de um ambiente socialmente hipercomplexo³, no qual o motor do desenvolvimento é redirecionado da produção para o consumo⁴.

A mudança de paradigma ocasionada pela ênfase na criação de novas demandas de consumo e potencialização das necessidades preexistentes é marcada pela volatilidade quanto ao que se compreende por objetos de consumo e aos valores atribuíveis a determinados bens e serviços. Para o sucesso do modelo atual de sociedade, impõe-se aos consumidores a adaptação e assunção das dimensões temporais de um mercado globalizado e ininterrupto, desconectado do ritmo de uma vida humana e marcado pela flexibilidade, caracterizado por estar em um permanente estado de mudanças repentinas, e pela prevalência da busca da satisfação imediata⁵. O excesso e o desperdício são algumas das consequências deste processo de imposição do tempo acelerado do mercado à sociedade e, ao mesmo tempo, sintomas característicos da “síndrome consumista”⁶.

A filosofia empresarial que domina o mercado na sociedade de consumo compreende ser função da oferta a criação de uma demanda que a absorva. Esta mesma lógica fomenta o mercado de empréstimos: distintas modalidades

³ Para a compreensão, com esteio na teoria dos sistemas, da sociedade contemporânea a partir da sua característica hipercomplexidade: MARCELO NEVES, *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 10

⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA. *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 38

⁵ Acerca das características da temporalidade associada ao modelo de mercado, vide: FRANÇOIS OST, *O tempo do direito*. Lisboa: Intituto Piaget, 2001, p. 400

⁶ ZYGMUNT BAUMAN, *Vida líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 111

são criadas pelos profissionais concedentes de crédito para gerar e fomentar uma necessidade cada vez maior de mútuos⁷. Ao se ampliar o acesso a linhas creditícias, proporciona-se a satisfação de múltiplas outras demandas criadas pelo mercado, outrora reprimidas pela incapacidade financeira de o consumidor custeá-las imediatamente com as receitas domésticas ordinárias. Sobreleva-se, por conseguinte, o papel do crédito ao consumo para o alcance dos desejos criados nos consumidores e, por consequência, a sua outra face: a geração de estados de endividamento, multiendividamento e o nefasto estado de sobreendividamento.

O endividamento é uma consequência natural e esperada da expansão do crédito ao consumo. Configura uma situação que é estimulada pelas instituições financeiras a tornar-se perene com o incentivo à tomada de novos empréstimos, pois é dos juros cobrados que se extraem os lucros do mutuante⁸. O multiendividamento resulta da assunção de múltiplas obrigações de crédito, porém não necessariamente implica um perigo atual ou iminente de insolvência, o que ocorre quando se verifica o sobreendividamento da pessoa, ou seja, quando o devedor encontra-se impossibilitado, de maneira conjuntural ou não temporária, de adimplir a globalidade de seus débitos, ou seriamente ameaçado de não poder honrá-los no instante em que se tornarem exigíveis⁹.

⁷ ZYGMUNT BAUMAN. *Vida a crédito: Conversas com Citlali Rovirosa-Madrado*. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 2010, p. 28

⁸ O consumidor que quita prontamente o débito e não busca novos créditos ao consumo é o pesadelo dos mutuantes, cfr. *Ibidem*, p. 30

⁹ MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES; VÍTOR NEVES; CATARINA FRADE; FLORA LOBO; PAULA PINTO; CRISTINA CRUZ, *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000,

No contexto de “vidas líquidas”¹⁰ e alienadas¹¹ que a sociedade de consumo origina, passa-se a julgar os seus integrantes sobretudo a partir de suas capacidades e condutas relacionadas ao consumo¹². Neste cenário, encontram-se em debate as diversas formas de se evitar ou responder comportamentos aptos a acarretarem situações de sobreendividamento, bem como as suas indesejadas consequências: v. g., prejuízos para os credores, para a saúde do devedor e para as relações familiares e comunitárias. As distintas soluções que os Estados positivaram para lidar com as consequências nefastas da expansão do sistema de crédito ao consumo retratam, pois, os

p. 1. O sobreendividamento ainda pode ser subdividido em passivo e ativo (consciente ou inconsciente). O sobreendividado passivo viu o avolumar de débitos decorrentes de circunstâncias alheias e imprevistas, como o desemprego, doença ou divórcio. Ao consumidor de boa-fé, que acreditava ser possível adimplir as obrigações assumidas, mas que se tornou insolvente por falta de educação financeira quanto ao impacto futuro das dívidas contraídas, porque não foram devidamente informados dos encargos da contratação ou obtiveram crédito concedido de maneira irresponsável pelo credor, pode denominar-se de sobreendividado ativo inconsciente; aos consumidores que agem de má-fé no momento da contratação, cientes da impossibilidade de honrar o débito e que possuíam a intenção de não pagar a dívida, chama-se sobreendividado ativo consciente. Cfr. CLARISSA COSTA LIMA, *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: RT, 2014, p. 34-35

¹⁰ “Vida líquida é uma vida de consumo”, cfr. ZYGMUNT BAUMAN, *Vida líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 16. Configuram alguns de seus aspectos centrais uma vivência permeada de valores fugidios, nos quais a lealdade não é relevante (*op. cit.*, p. 17), a transitoriedade dos desejos é marcante e a satisfação plena nunca é alcançada, alimentando uma “insatisfação do eu consigo mesmo” (*op. cit.*, p. 19).

¹¹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, Responsabilidade por danos em massa: reflexões em torno da teoria da market-share liability. In: *Estudos de Direito do Consumidor*, Vol. 10, 2016, p. 176

¹² ZYGMUNT BAUMAN, *Vida a crédito: Conversas com Citali Rovirosa-Madrado*. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 2010, p. 109



modelos de devedores vislumbrados pelos legisladores, bem como evidenciam a forma que cada sociedade escolhe tratar os seus devedores¹³. Dados os limites espaciais inerentes a uma investigação exposta em forma de artigo científico, o presente trabalho focará no contexto dos mecanismos insertos no ordenamento jurídico português vigente para tratar do fenómeno do sobreendividamento da pessoa singular, consumidora de múltiplos créditos ao consumo e que, em um processo de insolvência, requer o benefício da exoneração do passivo restante previsto no Decreto-Lei n.º 53/2004, que instituiu o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE).

A partir da circunscrição temática acima, delimita-se a problemática aqui a ser desenvolvida na análise dos pressupostos para o indeferimento liminar da exoneração do passivo restante que se encontram descritos no art. 238.º, 1- d), do CIRE¹⁴. Diversos problemas podem emergir do referido dispositivo legal, três dos quais serão investigados adiante, sendo o primeiro descrito aqui a partir da seguinte pergunta: como se delimita o instante em que se deixa de considerar atempada a apresentação à insolvência pelo devedor que não possui o dever de se apresentar? Em outras palavras, como se configura uma apresentação oportuna ou não à insolvência? O segundo

¹³ KAREN GROSS, *Failure and forgiveness: rebalancing the bankruptcy system*. Yale: Yale University Press, 1999, p. 93

¹⁴ "Art. 238.º, 1 - O pedido de exoneração é liminarmente indeferido se:
(...)

d) O devedor tiver incumprido o dever de apresentação à insolvência ou, não estando obrigado a se apresentar, se tiver absterido dessa apresentação nos seis meses seguintes à verificação da situação de insolvência, com prejuízo em qualquer dos casos para os credores, e sabendo, ou não podendo ignorar sem culpa grave, não existir qualquer perspectiva séria de melhoria da sua situação económica;"

problema pode ser formulado nos seguintes termos: o que configura prejuízo aos credores apto ao preenchimento do requisito disposto no art. 238.º, 1- d), do CIRE? Por fim, o terceiro problema é assim disposto: como se pode delinear a ocasião em que se esvaem quaisquer perspectivas sérias de melhoria da situação econômica do devedor? Dito de outra maneira, quando o devedor não pode deixar de considerar, sem incorrer em culpa grave, inexistir um panorama expectável de progresso no seu quadro econômico?

Todas as questões se prendem com o problema da prova no processo de insolvência, das relações entre o tempo e o direito na definição da justa medida temporal para a imputação de obrigações e/ou surgimento de direitos, e da forma como se constroem as narrativas no processo judicial. Para apresentar possíveis soluções às questões apresentadas, parte-se da compreensão de Zygmunt Bauman¹⁵ acerca do contexto socioeconômico que forja os consumidores sobreendividados, bem como da percepção dialética da construção do direito e do tempo aludida por François Ost¹⁶, além de servir-se do contributo do modelo narrativo-argumentativo defendido por Aroso Linhares¹⁷ para a análise do problema da prova em direito, pressupostos gnoseológicos postos em evidência para a análise dos problemas e soluções a serem apresentadas nesta investi-

¹⁵ ZYGMUNT BAUMAN, *Vida a crédito: Conversas com Cítlali Rovirosa-Madrado*. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 2010; ZYGMUNT BAUMAN, *Vida líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

¹⁶ FRANÇOIS OST, *O tempo do direito*. Lisboa: Intituto Piaget, 2001, p. 14

¹⁷ JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de «passagem» nos limites da juridicidade: imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

gação. Convoca-se, outrossim, o conceito de *kairos*, entendido como um período específico para que seja exercido um determinado direito, uma conjuntura limitada temporalmente e que pode nunca mais existir para propiciá-lo¹⁸, vocábulo que pode sintetizar o cerne de dois os problemas sobre os quais este trabalho se destina. A chave para a escorreita configuração de dois dos pressupostos que impedem ou não a incidência do artigo 238.º, 1- d), do CIRE no caso concreto é, portanto, uma questão de: I) definir e provar o *kairos* da verificação da situação de insolvência e; II) construir uma narrativa fático-probatória que ateste o *kairos* em que se afigura ausente qualquer perspectiva séria de melhoria da situação econômica do devedor.

Inicia-se o percurso deste artigo com a apresentação das características dos consumidores acometidos pela síndrome consumista e das consequências da democratização do crédito ao consumo. Em seguida, apresentam-se as respostas do ordenamento português para o problema do sobreendividamento. Ao final, evidencia-se a relevância do conceito de *kairos* e do modelo narrativo-argumentativo de compreensão do problema probatório para a solução dos problemas que se propôs analisar neste trabalho, verificados no art. 238.º, 1- d), do CIRE.

¹⁸ FRANCISCO ARTHUR DE SIQUEIRA MUNIZ, A concretização da boa-fé no direito das obrigações. In *Advocatus*, n.º 6, Ano 4, Recife: OAB-PE, 2011, p. 89

2. Características dos consumidores acometidos pela síndrome consumista e consequências da democratização do crédito ao consumo

A democratização do crédito ao consumo foi causada por fatores oriundos da perspectiva dos mutuantes e também dos mutuários¹⁹. Do lado da oferta, é resultante da desregulação dos mercados de crédito ao consumo, que implicou uma redução do controle dos níveis de crédito pelos bancos centrais, bem como pela abolição do teto de juros em muitos países, além do crescimento da tecnologia do score de crédito, que facilitou o gerenciamento de risco de pequenos empréstimos aos consumidores. Todos esses fatores catapultaram também o mercado de cartões de crédito, um dos protagonistas do fenômeno da democratização do crédito. Do lado da demanda, o crescimento do mercado de crédito deve-se à contração do Estado Social, que impôs aos consumidores a necessidade de arcar com serviços outrora custeados pelo Estado, como educação e saúde. Em momentos de crise, ante a ausência de maior apoio estatal, a única saída vislumbrada pelos consumidores é recorrer ao crédito oferecido em troca de altas taxas de juros, tornado palatável e uma saída racional principalmente em razão do forte apelo publicitário que arrima a oferta de empréstimos.

¹⁹ JOHANNA NIEMI-KIESILAINEN, LAIN RAMSAY, WILLIAM C. WHITFORD, *Consumer bankruptcy in global perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 2-3

A publicidade do crédito ao consumo é usualmente permeada pelas ideias de facilidade e imediatidade, tratada como uma saída natural para as vicissitudes financeiras, para o pagamento de despesas ordinárias ou dos desejos de consumo, como uma fonte de alívio para os problemas que afligem os consumidores e de alegria pelas conquistas que o empréstimo aos consumidores poderiam proporcionar. Ao vincular o real e o imaginário, os mecanismos publicitários de crédito ao consumo visam influenciar o comportamento dos consumidores a partir de estímulos não racionais; contraditoriamente, os anunciantes esperam, entretanto, que os consumidores se comportem racionalmente e não atuem ativa e conscientemente na construção de estados aptos a gerarem o sobreendividamento.

Em pesquisa que realizou a análise comportamental dos consumidores sobreendividados, percebeu-se aumentar a confiança do consumidor para multiendividar-se, quando são reduzidas as restrições legais ou aquelas impostas pelo mutuante para a obtenção de novos empréstimos²⁰. Compromete-se, por conseguinte, a autonomia racional dos consumidores ao expô-los à oferta irresponsável de crédito pelos credores²¹, que implica um efeito de dependência ao crédito semelhante ao de substâncias entorpecentes²². Evitar ações impulsivas, subestimar os riscos,

²⁰ JASON J. KILBORN, "Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando as soluções", In CLAUDIA LIMA MARQUES, ROSÂNGELA LUNARDELLI CAVALAZZI, *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006, p. 70-74

²¹ Nesse sentido: BRUNO MIRAGEM, *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 396; JOHANNA NIEMI-KIESILAINEN, LAIN RAMSAY, WILLIAM C. WHITFORD, *Consumer bankruptcy in global perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 3;

²² ZYGMUNT BAUMAN, *Vida a crédito: Conversas com Citlali Rovirosa-Madrazo*. Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 2010, p. 34

superestimar as probabilidades de adimplemento do crédito no futuro, acreditar na manutenção do *status quo* ou mesmo de uma melhoria na fonte de renda do orçamento doméstico e não atribuir importância à educação e planejamento financeiro são fatores olvidados na abordagem publicitária dos mutuantes e que colaboram para o crescimento do sobreendividamento das pessoas singulares. Ao contrário dos computadores, seres humanos não agem de acordo com critérios objetivos de avaliação de riscos, mormente quando bombardeados por estímulos publicitários. A percepção humana pode olvidar riscos e focar a análise da oferta nas chances de sucesso, quando é possível receber imediatamente o prazer desejado e postergar a angústia causada pelo vencimento dos débitos para um momento futuro, a exemplo do que ocorre com a utilização do cartão de crédito.

O sobreendividamento é um problema difusamente verificado nas diversas sociedades capitalistas contemporâneas, cada vez mais interligadas e dotadas de práticas semelhantes no mercado de crédito e publicitário, porém verificam-se diferenças sensíveis na forma como distintos contextos socioculturais compreendem e apresentam respostas a essa questão. Apesar de estimularem o consumo de crédito, grande parcela da população de muitas sociedades vê as dificuldades financeiras dos consumidores sobreendividados como um comportamento de caráter desviante, ou um insucesso pessoal (previsto conscientemente ou não) de alguém que gastou mais do que poderia²³; outras culturas, como a americana, entendem que a insolvência da pessoa singular pela contração de múltiplos créditos não é

²³ CLARISSA COSTA LIMA, *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: RT, 2014, p. 69

uma falha de caráter ou desleixo, mas talvez um sintoma de um consumidor “doente”, que demanda auxílio para tornar-se novamente um consumidor útil para o mercado de crédito²⁴.

Frise-se que a compreensão do sobreendividamento como uma doença, cuja cura proposta pelos sistemas econômicos e jurídicos não pode ser vista apenas como uma metáfora na análise da problemática em questão, mas sim também como uma patologia que efetivamente pode ser, em determinadas situações, a raiz do problema. A Organização Mundial de Saúde classificou uma síndrome psiquiátrica denominada Oniomania sob o CID 10 – F 63.8, a qual caracteriza-se pela inevitabilidade do desejo de consumir. Trata-se de uma doença caracterizada pela impulsividade e que independe da formação educacional do portador da síndrome: aqueles que são acometidos simplesmente são incapazes de agir de forma diversa e de conceber as consequências dos atos praticados²⁵. O problema do sobreendividamento ultrapassa, por conseguinte, a esfera da análise dos comportamentos livres e conscientes das pessoas em relação a normas jurídicas e demanda, outrossim, a consideração e investigação, no caso concreto, de transtornos aptos a viciarem a manifestação de vontade e a interferirem na capa-

²⁴ DOUG R. RENDLEMAN, “The Bankruptcy Discharge: Toward a Fresher Start”, In *North Carolina Law Review*, Vol. 58, 1980, p. 726. Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1997&context=facpubs>. Para JOSÉ GONÇALVES FERREIRA, enquanto o direito americano prevê a reabilitação dos consumidores insolventes a partir de um *fresh start*, o sistema europeu constituiria um *earned start*, cf., JOSÉ GONÇALVES FERREIRA, *A exoneração do passivo restante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 158

²⁵ H. TAVARES, D. S. S., LOBO, D. FUENTES, D. W. BLACK, “Compras compulsivas: Uma revisão e um relato de caso”, in *Revista Brasileira de Psiquiatria*, 30, p. 517 Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v30s1/2008art03.pdf>



cidade do contratante para determinados atos consumistas que se pode considerar doentios.

Com regularidade, as doenças são encaradas ao longo da história das sociedades como uma oportunidade para legitimar políticas públicas²⁶, definição de ferramentas de controle social e de rótulos para comportamentos desviantes²⁷ do que se pode esperar de uma pessoa, a partir da ótica de um ou de vários determinados sistemas regulatórios das sociedades (o jurídico, a moral, a religião...). A percepção que as sociedades construíram²⁸ das doenças que as afetam e a forma como as encaram foram substancialmente modificadas ao longo da história: não só a visão sobre determinada doença está relacionada com as contingências históricas, como determinam os rumos do próprio contexto social em que se inserem²⁹. Introjetada na sociedade a percepção de que o sobreendividamento pode ser um fenômeno caracterizado também por um viés patológico, impõe-se uma mudança nas respostas jurídicas ao problema e, conseqüentemente, o estigma social que recai sobre os consumidores sobreendividados tende a ser mitigado.

A doença do consumidor sobreendividado, seja metaforicamente considerada ou patologicamente reconhecida,

²⁶ "disease is at once (...) an occasion of and potential legitimation for public policy, an aspect of social role..." (CHARLES E. ROSEMBERG, JANET GOLDEN (orgs.), *Framing disease: studies in cultural history*. New Jersey: Rutgers University Press, 1997, p. XIII)

²⁷ *Ibidem*, p. XV-XVI

²⁸ A compreensão das doenças configuram, pois, ideias abstraídas formuladas em um dado momento a partir de uma específica realidade empírica, cf. JACQUES LE GOFF, "Uma história dramática" In JACQUES LE GOFF (org), *As Doenças tem história*. Lisboa: Terramar, 1985, p. 7.

²⁹ CHARLES E. ROSEMBERG, JANET GOLDEN (orgs.), *Framing disease: studies in cultural history*. New Jersey: Rutgers University Press, 1997, p. XX

não deixa de trazer benefícios sociais, quando juridicamente tratada da maneira considerada, ou seja, quando instituídos sistemas formais de tratamento dos sobreendividados que permitam o desenvolvimento sustentável de uma economia. Os referidos sistemas findam por possibilitar a redistribuição de riqueza, pois punem a má-gestão dos concedentes de crédito, além de incentivar os tomadores de crédito a assumirem riscos e aprenderem com os erros do passado, encorajando-os a tentarem acumular patrimônio e realizar esforços produtivos benéficos para a economia de toda a sociedade³⁰.

O sistema de insolvência da pessoa singular é uma reação a uma série de problemas que o sistema de segurança social não estava preparado ou não era projetado para resolver, pois redireciona os custos resultantes de situações imprevistas como o desemprego e o acúmulo inesperado de dívidas para os credores privados que provocaram ou mereceram, pelo contexto da formação dos débitos, assumir tal responsabilidade³¹. Independentemente dos motivos que levaram ao sobreendividamento do consumidor de múltiplos créditos ao consumo, com exceção dos atos de manifesta má-fé, assume-se aqui a compreensão de que os problemas econômicos dos sobreendividados muitas vezes são causados por vicissitudes que fogem ao controle pleno dos consumidores, são influenciados por ações dos mutuantes e demandam uma proteção jurídica

³⁰ DOUG R. RENDLEMAN, "The Bankruptcy Discharge: Toward a Fresher Start", In *North Carolina Law Review*, Vol. 58, 1980, p. 726. Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1997&context=facpubs>

³¹ JASON J. KILBORN, "Comparative cause and effect: consumer insolvency and the eroding social safety net", In *The Columbia Journal Of European Law*, Vol. 14, n. 3, p. 593. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=926203

estatal específica, assim como ocorre com os desempregados, os enfermos e tantos outros grupos³².

Seja por se compreender o sobreendividamento do consumidor como uma falha de mercado, a exemplo do sistema estadunidense, seja por se perceber na falência da pessoa singular um problema social a ser resolvido, como ocorre em grande parte dos sistemas europeus³³, percebe-se a necessidade de se superar a visão do fato como uma falha individual e de se construir soluções que imputem à toda a sociedade a responsabilidade pelo advento da questão. Buscar saídas que permitam um recomeço digno para a pessoa sobreendividada e justo para os concedentes de crédito responsável deve ser, portanto, o norte da investigação do problema.

3. As respostas do ordenamento português para o problema do sobreendividamento do consumidor de múltiplos créditos

O tratamento atual dos consumidores sobreendividados no direito português denota um escopo preventivo do sistema, ao caracterizar-se pela imposição de óbices e penalidades para a concessão irresponsável de crédito, que é uma das razões da crise econômica e financeira verificada nos últimos anos³⁴. Compreender as respostas delineadas pelo ordenamen-

³² DOUG R. RENDLEMAN, "The Bankruptcy Discharge: Toward a Fresher Start", In *North Carolina Law Review*, Vol. 58, 1980, p. 766. Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1997&context=facpubs>

³³ CLARISSA COSTA LIMA, *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: RT, 2014, p. 90

³⁴ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 318

to português para o problema do sobreendividamento passa, entretanto, pelo entendimento dos objetivos últimos das normas de proteção dos consumidores.

Embora a necessidade de proteção dos consumidores, dos interesses sociais envolvidos e do regular funcionamento do mercado resultem na formulação de políticas públicas e normas jurídicas que constituem o sistema normativo de prevenção contra o sobreendividamento do direito português, sobrepõe-se outro objetivo central na construção do referido sistema: angariar a confiança dos consumidores no mercado³⁵. Para o correto funcionamento da cadeia de consumo, é primordial que os consumidores confiem na existência de um sistema protetivo apto a garantir o funcionamento adequado do mercado, sendo esta a principal preocupação das autoridades comunitárias na construção das diretivas que regulam a matéria³⁶. Em síntese: a confiança dos consumidores no sistema aquece o mercado de consumo e permite que os custos acrescidos pela manutenção de um sistema protetivo sejam compensados pelo aumento dos lucros. É para gerar confiança, e não para proteger os consumidores, que se estabelece um sistema normativo contra os efeitos nocivos gerados pelo mercado, inclusive no que tange aos dispositivos legais que tratam do fenômeno do sobreendividamento³⁷.

³⁵ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 43-44

³⁶ LUÍS SILVEIRA RODRIGUES, "Tendências recentes sobre a proteção do direito do consumidor na União Europeia", in *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 5, 2003, p. 312

³⁷ Ainda que o processo de insolvência que pode resultar do sobreendividamento tenha por objetivo manifesto a satisfação do interesse dos credores, cf., entre outros: JOSÉ GONÇALVES FERREIRA, *A exoneração do passivo restante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 159

A confiança que constitui o objetivo último a ser alcançado pelo sistema protetivo do consumidor afigura-se ainda mais relevante em determinados contextos. Quando se trata do liame construído entre um banco e o seu cliente, verifica-se a necessidade de uma relação de confiança ainda mais forte³⁸, dada a quantidade e relevância dos interesses que o consumidor dos serviços espera ver resguardados: não apenas os interesses patrimoniais (direito ao crédito, ao patrimônio depositado, etc.), mas também extrapatrimoniais (o respeito aos direitos de personalidade, a exemplo do nome e da honra, traduzidos, v. g., na impossibilidade de se indicar uma situação de incumprimento ao Banco de Portugal, para que este realize a anotação na Central de Responsabilidades de Crédito, sem que existam os pressupostos fáticos e jurídicos para tais anotações).

A especial relação fiduciária que se verifica entre os bancos e os seus clientes impõe aos agentes financeiros um dever de conduta diferenciado, mais regrado do que aquele em vigor para os tipos gerais de contratos³⁹. Não sem razão o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF) dispõe, em seu art. 74º, os deveres de diligência, neutralidade, lealdade e discrição e respeito consciencioso dos interesses estão confiados às instituições regidas pelo referido diploma.

Não é incomum, entretanto, que tais deveres, além de outros tantos especialmente impostos aos bancos⁴⁰, sejam descumpridos pelos referidos agentes mutuantes de crédito

³⁸ MANUEL ANTÓNIO DE CASTRO PORTUGAL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 546-551

³⁹ *Ibidem*, p. 551

⁴⁰ Sobre os especiais deveres de informação previstos no Aviso do Banco de Portugal nº 2/2010 e na Instrução nº 10/2010, vide: ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES MIRANDA BARBOSA, *Direito civil e sistema financeiro*. Lisboa: Princípia, 2016, p. 158-159

ao consumidor. A concessão automática de crédito, sem a necessária e acurada análise da solvabilidade do consumidor e, por conseguinte, da sua capacidade de adimplemento, é fato corriqueiro⁴¹. Mesmo quando se trata de uma decisão de aumentar o montante total do crédito durante a vigência de um contrato, tais deveres são, outrossim, frequentemente olvidados. Tratam-se de práticas que violam, respectivamente, o art. 10.º-1 e 10.º-4, do DL n.º 133/2009, que trata da noção de crédito responsável como forma de evitar o sobreendividamento dos consumidores.

Se é certo que o crédito é o combustível da economia⁴², o crédito concedido de forma irresponsável finda por gerar o efeito reverso. Para além das externalidades negativas que afetam toda a sociedade, a concessão de crédito para quem não reúne as condições necessárias ao adimplemento das obrigações assumidas repercute diretamente no aumento dos processos de insolvência. Não se pode, portanto, afastar a responsabilidade das instituições concedentes de crédito pelo sobreendividamento de seus consumidores e pela origem do estado de insolvência⁴³. Impõe-se, destarte, aos credores, no mínimo, a divisão de responsabilidades pelo sobreendividamento, mediante a instituição de mecanismos que permitam a reinserção dos insolventes no mercado de consumo, a exemplo do instituto da exoneração do passivo restante, previsto no CIRE.

Por insolvência, compreende-se – na esteira do art. 3º,

⁴¹ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 316

⁴² ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Um curso de direito da insolvência*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 13

⁴³ LUÍS M. MARTINS, *Recuperação de pessoas singulares*, Volume I. Coimbra: Almedina, 2011, p. 22

n.º 1, do CIRE – a situação de impossibilidade de adimplir as obrigações assumidas em razão da inexistência de liquidez em um determinado momento, ou em razão de o total das responsabilidades excederem os bens disponíveis para satisfazê-las⁴⁴. É imprescindível, no entanto, que a incapacidade de adimplemento seja certificada em momento determinado, mediante a declaração de insolvência⁴⁵.

O estado de insolvência pode ser verificado não apenas após o inadimplemento completo de todas as dívidas assumidas, mas também pela não satisfação de uma ou de um pequeno número de obrigações⁴⁶. É possível, outrossim considerar uma situação de insolvência presente, quando reunidas circunstâncias que tenham o condão de, no curto prazo, atribuir uma alta probabilidade de insuficiência de ativos aptos à satisfação do passivo exigível do devedor⁴⁷.

A impossibilidade a que alude o art. 3º, n.º 1, do CIRE, é a completa falta de meios (seja em numerário, patrimônio com liquidez ou possibilidades de financiamento por linhas de crédito) que permitam ao devedor honrar as obrigações vencidas e manter a sua viabilidade econômica⁴⁸. Também o art. 20º, n.º 1,

⁴⁴ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 15

⁴⁵ *Ibidem*, p. 75

⁴⁶ LUIS A. CARVALHO FERNANDES, JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Vol. I, Quid Iuris, Lisboa, 2006, p. 71. Em sentido semelhante: Pedro Macedo, *Manual de Direito das Falências*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 1964, p. 217

⁴⁷ *Ibidem*, p. 73

⁴⁸ MANUEL REQUICHA FERREIRA, "Estado de Insolvência", in *Direito da Insolvência - Estudos*, Coordenação de Rui Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 228 e 229. Também o recurso a uma moratória que venha a ser concedida pelos credores pode afastar o estado de insolvência, cf. CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro da*

al. b), do CIRE, indica os fatos que legitimam a apresentação do devedor à insolvência.

A exoneração do passivo restante, por seu turno, é um pedido realizado na petição inicial do processo de insolvência ou, quando a iniciativa de apresentação à insolvência não for do próprio devedor, no prazo de 10 dias posteriores à sua citação (artigo 236.º, n.º 1, do CIRE). O pleito objetiva a extinção dos débitos com efeito liberatório para o devedor reintegrar-se ao mercado, desde que considerado merecedor de tal benesse, superados os óbices legalmente impostos pelo CIRE⁴⁹. Frise-se que tais óbices são considerados fatos impeditivos do direito do autor, cujo ônus probatório compete ao administrador de insolvência e aos credores, em obediência à regra geral consignada no n.º 2 do art.º 342º, do Código Civil⁵⁰, sem prejuízo do conhecimento oficioso que deles tenha o juiz⁵¹. Pode o tribunal, portanto, considerar os fatos resultantes do processo, ainda que não alegados pelas partes, e investigá-los livremente, face ao princípio do inquisitório inserto no art. 11º do CIRE em relação ao processo de insolvência⁵².

A *ratio* da exoneração do passivo restante encontra-se indicada no preâmbulo do Dec.-Lei 53/04, que alude ao prin-

Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 240

⁴⁹ CATARINA SERRA, *O Novo Regime Português da Insolvência - Uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 73 e 74

⁵⁰ Nesse sentido, pronunciou-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Outubro de 2010, processo nº 3850/09.9TBVVG-D.P1.S1, relator OLIVEIRA DE VASCONCELOS, disponível em www.dgsi.pt

⁵¹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 2203/12.6TCL-RS-D.L1-2, relator JORGE LEAL, de 20706/2013

⁵² Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19/12/2012, processo nº 3087/11.7TBVCD.P1, relatora MARIA JOÃO AREIAS



cípio do *fresh start* para as pessoas singulares de boa fé que incorram em situação de insolvência, dispositivo introduzido no ordenamento nacional em decorrência especialmente dos influxos do direito alemão⁵³. O benefício diz respeito aos créditos sobre a insolvência que não são integralmente pagos no quinquênio posterior ao processo que resolve o estado de sobreendividamento da pessoa singular⁵⁴. Neste período de cinco anos, o rendimento disponível do devedor é cedido a um fiduciário, que afetará os valores amealhados para o pagamento dos credores. Ponderada a conduta do insolvente neste interregno e verificado o cumprimento das obrigações assumidas no processo de insolvência, tem-se a liberação das dívidas inscritas no processo de insolvência que ainda persistirem incumpridas.

Por se tratar de medida extraordinária de liberação de obrigações, é necessário delimitar as hipóteses em que a exoneração do passivo restante é cabível, bem como as situações em que a concessão da benesse possa vir a ser revogada, de modo a evitar requerimentos abusivos⁵⁵. A imposição dos referidos óbices é sustentada pela ideia de que, no direito português, um *fresh start* só deve ser concedido a quem o fizer por merecer⁵⁶. Evita-se, assim, que o devedor de má-fé obtenha o

⁵³ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 320

⁵⁴ ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Um curso de direito da insolvência*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 584

⁵⁵ JOSÉ GONÇALVES FERREIRA, *A exoneração do passivo restante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 148

⁵⁶ NUNO LÍBANO MONTEIRO [et. al.], *Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado (Inclui Anotação ao Sireve)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 388 e 389

benefício após lesar de forma grave os interesses dos credores⁵⁷, ainda que, em nosso entender, para a análise do indeferimento da concessão deste benefício, seja igualmente relevante a observação da conduta dos credores e de que forma atuaram para mitigar o prejuízo que veio a se verificar⁵⁸.

Nesse sentido, o CIRE apresenta com maior relevância o seguinte conjunto de normas: o art. 238.º, que trata das hipóteses de indeferimento liminar do pedido de exoneração do passivo restante, a cessação antecipada do procedimento de exoneração, prevista no art. 243.º, e a revogação da exoneração disposta no art. 246.º.

No que tange ao art. 238.º do CIRE, de onde se extraem as problemáticas que constituem o cerne do presente trabalho, ressalte-se que até mesmo a própria denominação do instituto nele descrito (indeferimento liminar) é alvo de críticas. Uma vez que o procedimento extraído do referido texto demandaria a produção de provas e um juízo de mérito do magistrado, vislumbra-se uma incompatibilidade com a ideia de, liminarmente, resolver-se a controvérsia em relação ao cabimento ou não da

⁵⁷ ANA FILIPA CONCEIÇÃO, "Disposições específicas da Insolvência das pessoas singulares", in CATARINA SERRA (coord.), *I Congresso de Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 51

⁵⁸ Assim como no âmbito da responsabilidade civil extracontratual se analisam os deveres laterais e de proteção imputados ao lesado para tutelar os interesses da contraparte, o credor que assiste passivamente ao crescimento da dívida, ou mesmo concede novo empréstimo a quem sabidamente não possui condições de adimpli-lo, descarta do dever de providência a ele imposto e também é responsável pelo agravamento do prejuízo previsto no risco contratual e tornado concreto com o sobreendividamento. É, pois, situação assemelhada, *mutatis mutandis*, à situação de culpa do lesado que se expõe desnecessariamente ao risco de lesões ou não reage no intuito de conter o dano já sofrido. Acerca desta hipótese de culpa do lesado na responsabilidade civil extracontratual, vide: JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 567

exoneração do passivo restante⁵⁹.

O indeferimento liminar do passivo restante é apresentado em um rol taxativo⁶⁰, o que em pouco contribui, entretanto, para a diminuição das controvérsias em torno do artigo 238.º do CIRE, razão pela qual cinge-se neste trabalho às problemáticas extraídas da alínea “d”, inciso 1, do referido dispositivo.

Na alínea “d” do art. 238.º, 1-, observam-se três requisitos que devem ser cumulativa⁶¹ e autonomamente⁶² verificados para permitir o indeferimento liminar da exoneração do passivo restante, nas hipóteses em que o devedor não cumpriu o dever de apresentar-se à insolvência ou, quando não possui o dever: I) abster-se da apresentação à insolvência nos seis meses seguintes à verificação da situação de insolvência; II) que a não apresentação gere prejuízo aos credores e, por fim; III) que o devedor tivesse ciência, ou não pudesse ignorar sem culpa grave, não existir qualquer perspectiva séria de melhoria da sua situação econômica. É, entretanto, da análise do primeiro e terceiro requisitos que se extrai a problemática indicada no tópico introdutório.

Quanto ao segundo requisito, afirma-se que o prejuízo para os credores deve ser provado, não sendo suficiente a alegação de que o decurso de tempo gera o avolumar do débito inadimplido com o vencimento de juros da dívida⁶³. Também

⁵⁹ Nesse sentido, entre outros: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 307-308; JOSÉ GONÇALVES FERREIRA, *A exoneração do passivo restante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 45

⁶⁰ *Ibidem*, 2013, p. 52

⁶¹ *Ibidem*, p. 50

⁶² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24.01.2012, no processo nº 152/10.1TBRRG-E. G1.S1, relator FONSECA RAMOS. Disponível em www.dgsi.pt

⁶³ ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Um curso de direito da insolvência*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 584; JOSÉ GONÇALVES FERREIRA, *A exoneração do passivo restante*.

a contração de nova dívida para a quitação do passivo preexistente não configura grave prejuízo aos credores, quando o acréscimo ao montante da dívida for considerado irrelevante⁶⁴. É necessário comprovar, portanto, uma relação de causa e efeito entre o comportamento do devedor e o prejuízo do credor que não cumpriu o dever de apresentação ou, não existindo esse dever, que não se apresentou nos seis meses seguintes à verificação da situação de insolvência⁶⁵. A doação de bens⁶⁶ e a alienação do único bem da massa insolvente⁶⁷ são alguns exemplos que podem ser extraídos da jurisprudência para considerar-se preenchido o segundo requisito acima referido. É a ideia de “dano acrescido”⁶⁸ que deve compreender o prejuí-

Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 49. Frise-se que o próprio credor pode propor o processo de insolvência, respeitados os pressupostos do art. 20: se o credor não ingressou com a ação judicial anteriormente, não se afigura cabível imputar ao devedor o prejuízo decorrente de sua inércia e pleitear o indeferimento liminar do pedido de exoneração do passivo restante.

⁶⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20/06/2013, no processo nº 2203/12.6TCLRS-D.L1-2, relator JORGE LEAL

⁶⁵ ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Um curso de direito da insolvência*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 584

⁶⁶ Acórdão da Relação do Porto de 29-04-2013, processo nº 768/12.1TB-MCN-B.P1, relator SOARES DE OLIVEIRA; Acórdão da Relação de Évora de 25/06/2015, processo nº 575/14.7TBPTG-F.E1, relatora ALEXANDRA MOURA DOS SANTOS. Ambos disponíveis em disponível em www.dgsi.pt

⁶⁷ Entre outros, vide o acórdão da Relação do Porto de 09/10/2012, processo nº 289/12.2JPRT-C.P1, relator RUI MOREIRA, disponível em www.dgsi.pt

⁶⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24.01.2012, no processo nº 152/10.1TBBRG-E. G1.S1, relator FONSECA RAMOS. Disponível em www.dgsi.pt. Superado, pois, pela doutrina e jurisprudência, o entendimento de que o mero avolumar dos juros decorrentes da não apresentação atempada à insolvência constituiria fundamento bastante para preencher o requisito do prejuízo aos credores, que está aludido no art. 238.º, 1-d), do CIRE. Neste sentido já superado, observam-se, entre outros, os seguintes arestos: Acórdão da Relação do Porto de 20/04/2010 (relator M. PINTO DOS SANTOS), processo 1617/09.3TBPVZ2; Acórdão da Relação de Lisboa

zo a que se refere o segundo requisito extraído do art. 238.º, 1- d), do CIRE. Discutível, entretanto, se a contração de novos empréstimos após a configuração momento oportuno para a apresentação à insolvência implicaria a configuração do prejuízo aos credores referido no artigo, conforme restará evidenciado da análise jurisprudencial realizada em tópico posterior deste trabalho.

Quanto ao primeiro requisito da alínea “d” do art. 238.º, 1-, indaga-se como delimitar o instante em que se deixa de considerar atempada a apresentação à insolvência pelo devedor ou, em outras palavras, como se configura uma apresentação oportuna ou não à insolvência. Em relação ao terceiro requisito do referido dispositivo legal, o problema encontra-se em definir a ocasião em que se esvaem quaisquer perspectivas sérias de melhoria da situação econômica do devedor ou, dito de outra forma, quando o devedor não pode deixar de considerar, sem incorrer em culpa grave, inexistir um panorama expectável de progresso no seu quadro econômico.

A dificuldade verificada da interpretação da alínea “d” do art. 238.º, 1-, do CIRE, cuja redação é amplamente criticada⁶⁹, reside na compreensão e prova da definição dos instantes em que se verificam: a) a situação de insolvência e; β) a perda de perspectivas sérias de melhoria da situação econômica do devedor, a qual o devedor não poderia, sem culpa grave, ignorar. Destas definições, somadas àquela referente ao que se pode compreender por prejuízo causado aos credores

de 28/01/2010 (relator ANTÓNIO VALENTE), processo 1013/08.0TJLSB.

⁶⁹ Adjetivada, v. g., de “esdrúxula” por JOSÉ GONÇALVES FERREIRA, *A exoneração do passivo restante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 50

pela não apresentação atempada, podem implicar justamente a impossibilidade de concessão do direito de exoneração do passivo restante no processo de insolvência.

É certo que a prognose da verificação de insolvência depende da análise do vencimento das obrigações no futuro⁷⁰, porém outros fatores influenciam a constatação de que o devedor encontra-se insolvente, muitos apenas observados e provados no contexto de cada caso. Provar, outrossim, que há culpa grave do devedor, pois ele deixou de considerar a ausência de perspectivas sérias de melhoria da sua situação econômica, é tarefa tormentosa: a dificuldade é especialmente acrescida pela necessidade de se atestar este fato vinculado a um período temporal específico, que seja apto a afastar a caracterização de uma apresentação atempada à insolvência. A ausência de razoabilidade da convicção do devedor na melhora futura de sua situação econômica, a qual tornaria desnecessária a declaração de insolvência em momento anterior⁷¹, é, pois, apenas uma das difíceis questões que deverão ser objeto de prova e de ulterior escrutínio do magistrado, ao analisar o requerimento de incidência do art. 238.º, 1- d), do CIRE em cada situação concreta.

Depreende-se do exposto neste tópico que a compreensão do sistema normativo de proteção do consumidor contra o sobreendividamento e as respostas oferecidas pelo ordenamento jurídico português para reintegrá-lo no mercado de consumo passa pela análise das hipóteses de cabimento e de indeferimento da exoneração do passivo restante no processo de insolvên-

⁷⁰ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 78

⁷¹ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, JOÃO LABAREDA, *Colecção de Estudos sobre a Insolvência*. Lisboa: Quid Iuris, 2009, p. 280

cia. Delineado no contexto acima as dificuldades verificadas na concretização do art. 238.º, 1- d), do CIRE, buscar-se-á, a seguir, apresentar respostas à problemática levantada.

4. A relevância do conceito de *kairos* e do modelo narrativo-argumentativo de compreensão do problema da prova para a concretização dos requisitos do art. 238.º, 1- d), do CIRE

Em última análise, é possível traduzir o ponto central da problemática desta investigação – extraída do 238.º, 1- d), do CIRE – na busca pela compreensão da complexa e nebulosa ligação entre o tempo e a justiça⁷². Mais que delimitar e provar marcos temporais preexistentes à narrativa processual – imprescindíveis para definição da existência ou não de boa-fé nos comportamentos do devedor antes do início processo de insolvência – há nesta atividade uma verdadeira construção do tempo, de “temporalização”⁷³.

Compreende-se aqui que o tempo, antes de configurar-se um fenómeno físico aferível ou uma experiência apreensível da psique humana, é uma instituição construída socialmente: vincula-se, pois, às definições de poder, a demandas da ética

⁷² Lembra MONCADA que “O tempo é também na vida do direito um importante factor, um grande modificador das relações jurídicas” (LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 1995, p. 729)

⁷³ A construção do tempo é a sua “temporalização”, cf. FRANÇOIS OST, *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 13

e é ainda um objeto do direito⁷⁴. Impõe-se, pois, que o tempo implementado na norma jurídica possua um sentido instituinte⁷⁵, que evite o risco de “discronia”⁷⁶ decorrente das tensões entre, v. g., o tempo acelerado e imediato das decisões do mercado financeiro e o tempo lento e mediato da reflexão humana acerca do planejamento orçamentário doméstico futuro. Busca-se, pois, constituir um tempo dotado de um sentido que equilibre, na mesma norma jurídica, os interesses e expectativas oriundos de óticas temporais distintas.

É o sentido que atribui significância dignificante a algo (“em nome de quê”). Releva trazer a lume o sentido instituinte de determinada construção temporal incutida em uma norma jurídica, dada a necessidade de demarcar os pressupostos ético-axiológicos do preceito normativo e evitar que ele seja atirado em uma cadeia de utilidades desprovida de um princípio último⁷⁷, apartado da intencionalidade que o enforma e que lhe apresenta um sentido do direito enquanto direito⁷⁸. Compreender, pois, o sentido instituinte do tempo no art. 238.º, 1- d), do CIRE é fundamental para a concretização da referida norma jurídica.

Se é certo que a economia de mercado conseguiu im-

⁷⁴ *Ibidem*, p. 12

⁷⁵ *Ibidem*, p. 15

⁷⁶ *Ibidem*, p. 17

⁷⁷ Acerca dos problemas de um paradigma utilitarista de compreensão dos meios e fins das ações humanas desprovidos de um princípio justificante: HANNAH ARENDT, *The human condition*, Chicago: University of Chicago Press, 1998, p. 153-154

⁷⁸ Ao perquirirem acerca do sentido do direito, também atribuem à concepção de sentido um viés axiológico: FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de introdução ao Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 149 e *passim*; A. CASTANHEIRA NEVES, “O papel do jurista no nosso tempo”, in *Digesta*, Vol. 1º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 40

por o seu tempo às sociedades de consumo contemporâneas, também não se pode olvidar que o direito não se traduz em uma mera garantia de eficácia econômica⁷⁹. A justa medida do tempo social instituído nas normas jurídicas não pode ser pensada exclusivamente em termos econômicos, mas sim considerada essencialmente a partir da intencionalidade prática que justifica o princípio normativo do direito enquanto direito: o respeito à pessoa e sua intrínseca dignidade. É a partir destas balizas que se deve construir o tempo nas narrativas processuais dos pressupostos de incidência do art. 238.º, 1- d), do CIRE.

Impor aos consumidores, destarte, o mesmo padrão de conduta, de velocidade de raciocínio na análise de *trade-offs* e de compreensão temporal que são característicos do mercado de crédito para efeitos de aplicação do art. 238.º, 1- d), do CIRE significa desconsiderar características inerentes à natureza humana e, por conseguinte, o próprio sentido último do direito. Impõe-se, pois, (re)definir as justas definições temporais extraídas da problemática do art. 238.º, 1- d), do CIRE, moduladas por uma construção de tempo cujo sentido permita a sincronia entre os interesses legítimos do mercado e a necessária proteção do consumidor sobreendividado. É justamente nesta (re)definição temporal que o conceito de *kairos* mostra-se útil.

A plurivocidade do verbete *kairos* deve-se a sua aplicação em inúmeros contextos distintos ao longo da história. Termo utilizado em poesias, peças teatrais e na filosofia (ainda nos escritos pré-socráticos) da Grécia antiga, firma-se especialmente ao se tornar uma expressão fundacional na ética e estética aristoté-

⁷⁹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, "Reflexões em torno da responsabilidade civil – teleologia e teleonomologia em debate", In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 81, 2005, p. 512

licas⁸⁰. O tempo, compreendido como a oportunidade apropriada é, para Aristóteles, uma virtude que pode predicar um dos sentidos da palavra “bem”⁸¹. É neste sentido de agir bem, no instante adequado, que o Estagirita compreende a ideia de *kairos*. Não obstante o fato de Aristóteles não ter determinado suficientemente de que forma o *kairos* e o tempo se relacionam⁸², é bastante compreender, para os fins da presente investigação, o sentido que predicava a expressão para o referido filósofo.

Também da Bíblia extrai-se sentido análogo para o termo. Graças aos tradutores da versão grega do Antigo Testamento, sabe-se que a expressão “um tempo para”, encontrado em Eclesiastes 3, por exemplo, é a tradução da palavra *kairos*⁸³. Na referida passagem bíblica, está escrito que “Para tudo há uma ocasião, e um tempo para cada propósito debaixo do céu”. Trata-se, pois, de um tempo distinto da ideia de *chronos*, ou seja, da concepção do tempo como medida quantitativa.

Kairos e tempo, apesar de relacionados, assumem significados distintos ao longo da história. Mesmo quando se trata da análise do tempo cronológico, não se está diante de um termo unívoco, mesmo para as ciências “exatas”, especialmente após as contribuições da teoria da relatividade, que ressalta a exis-

⁸⁰ PHILLIP SAPIORA, JAMES S. BAUMLIN (editores), *Rhetoric and Kairos: Essays in History, Theory, and Praxis*. Albany: State University of New York Press, 2002, p. 3.

⁸¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco; Poética (Col. Os pensadores, v. 2)*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 11

⁸² A crítica é de HEIDEGGER, que afirma que Aristóteles viu o fenômeno do instante, mas não colocou em conexão o seu entendimento acerca das duas expressões, cf.: MARTIN HEIDEGGER, *Los problemas fundamentales de la fenomenología*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 345

⁸³ PHILLIP SAPIORA, JAMES S. BAUMLIN (editores), *Rhetoric and Kairos: Essays in History, Theory, and Praxis*. Albany: State University of New York Press, 2002, p. 47

tência de distintas medidas de tempo, a depender do observador que o meça⁸⁴. As relações sociais demandam, entretanto, a definição de mecanismos que assegurem uma concordância mínima dos tempos de cada pessoa⁸⁵. O tempo do direito liga, pois, tempos sociais distintos para poder garantir estabilidade e previsibilidade às relações jurídicas. São as narrativas do direito que constroem o tempo quantitativo, cronológico, e também o tempo qualitativo, a dimensão kairica do instante propício dos fatos juridicamente relevantes. O *kairos*, momento verificado entre o “ainda não” e o “nunca mais”, correlaciona-se com o tempo cronológico: ambos são delimitados a partir das construções narrativas⁸⁶ de seus respectivos autores em um determinado contexto.

Quando se trata de um litígio judicial, as distintas narrativas formuladas pelos diversos observadores e/ou participantes de um determinado relato delimitam o que deve ser provado, quem deve provar, bem como a relevância do quanto provado para a persuasão do magistrado⁸⁷ e para a própria cons-

⁸⁴ STEPHEN HAWKING, LEONARD MLODINOV, *Uma nova história do tempo*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005, p. 108

⁸⁵ FRANÇOIS OST, *O tempo do direito*. Lisboa: Intituto Piaget, 2001, p. 39

⁸⁶ “las narraciones son construidas por sus autores, a menudo por medio de complejas y sofisticadas actividades creativas. (...) las narraciones construyen los hechos que son relatados.” (MICHELE TARUFFO, *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 67)

⁸⁷ “I think that examining the narratives that are put to work in legal discourses can show not only ‘what to prove’ and ‘who has to prove’, but also how the whole of the proving (persuasion) works. From the perspective of narratives, one may well regard the issues as points where two competing narratives differ from each other: the winner of the battle will be, on the other hand, identical to the narrative created by the judge, at least on those points of difference.” (MIKLÓS KÖNCZÖL, “Law, Fact and Narratives in Ancient Rhetoric: The Case of the causa Curiana”, In *International Journal for the Semiotics of Law*. March 2008, Vol. 21, n. 1, p 26)

trução narrativa acerca da *story of the trial*⁸⁸. Esta última é o resultado do processo de “reescrita” mediado-performado no juízo decisório e cuja *accountability* se dá através da sua plausibilidade contextual⁸⁹ e respeito aos constrangimentos metodonomológicos⁹⁰ da racionalidade jurídica pelo juiz-narrador⁹¹. As *story in the trial* e a *story of the trial* não são, portanto, o espelho de entidades empíricas objetivamente determinadas, mas sim

⁸⁸ Para uma compreensão da interpelação da semântica narrativa trazida ao processo e que compõe a *story in the trial* e da narrativização da pragmática (*story of the trial*) realizada pelo intérprete do caso, vide: JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de «passagem» nos limites da juridicidade: imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 577-578

⁸⁹ JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, “O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do ethos e do pathos: da convergência com a literatura (law as literature, literature as law) à analogia com uma poiêsis-technê de realização (law as musical and dramatic performance)”, In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 80, 2004, p. 121

⁹⁰ “o sentido do direito é *principium* (o referente intencionado pelo, o fundamento realizando no e o parâmetro diferenciador) do juízo metodonomológico. (...) o sentido do direito é a exigência realizanda atento o problema interpelante, e a analogia o modus dessa realização.” FERNANDO JOSÉ BRONZE, “Um exercício metodonomológico polarizado no juízo-julgamento”, In FERNANDO JOSÉ BRONZE, JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, MÁRIO ALBERTO REIS MARQUES; ANA MARGARIDA SIMÕES GAUDÊNCIO (COORDS.), *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, p. 27

⁹¹ “juiz-narrador que, ao construir no presente (do foro) o relato definitivo (e autoritário) de um acontecimento-controvérsia produzido no passado – e apenas porque constrói esse relato e obedece a determinadas regras narrativas e se vê onerado com outras tantas exigências de liberdade – comprova a relevância jurídica desse acontecimento e esta na sua projeção-delimitação ‘referencial’” (JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de «passagem» nos limites da juridicidade: imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 198)

narrações relativas a fatos⁹² construídos e delimitados dentro do próprio sistema jurídico⁹³, dentre os quais incluem-se as compreensões de tempo e de *kairos*.

As narrativas em um processo judicial não podem olvidar, portanto, a relação entre o *kairos* e o tempo, bem como o sentido instituinte (a dimensão ético-axiológica) das construções temporais que podem ser inferidas de normas jurídicas como o art. 238.º, 1- d), do CIRE. Compreender o *kairos* da verificação do estado de insolvência do devedor e do momento que se esvaem as perspectivas de melhoria da sua situação econômica vai além, portanto, da análise dos fatos a partir da ótica temporal do mercado. As análises de risco, os estudos contábeis e as projeções econômicas futuras, devidamente enquadradas e uma linha cronológica racionalmente estruturada, constituem apenas um dos pontos de vista que devem ser observados na construção temporal necessária ao preenchimento dos pressupostos do art. art. 238.º, 1- d), do CIRE.

Dadas as nefastas consequências que acarreta para a vida do insolvente, o indeferimento liminar da exoneração do passivo restante, especialmente na hipótese aqui investigada (sobreendividamento pela contração de múltiplos créditos ao consumo), impõe uma análise holística de todos os fatores que envolvem as narrativas construídas pelos credores e pelos devedores. Faz-se necessário analisar, por conseguinte, o *kairos* dos pressupostos do art. 238.º, 1- d), do CIRE também a partir da ótica temporal construída pelo devedor, que se baseia em fa-

⁹² MICHELE TARUFFO, *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 226

⁹³ MICHELE TARUFFO, *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 274

tores distintos da lógica do tempo do mercado. O devedor sobreendividado forma a sua convicção e a sua narrativa acerca do instante que ele irá considerar-se em estado de insolvência, bem como perceber que a sua situação econômica não possui perspectivas de melhora, principalmente com esteio nos estímulos publicitários inculcados no consumidor, na presunção de boa-fé das instituições concedentes de crédito que avaliaram a sua capacidade financeira para contrair novos empréstimos, nas especificidades do perfil de cada devedor (formação acadêmica, idade...), nas vicissitudes que envolvem o caso concreto (doenças familiares, desemprego, divórcio, morte...), no contexto socioeconômico em que se enquadram os momentos de concessão dos créditos e os momentos em que se deram os inadimplementos, além de qualquer outro fator que poderia ser considerado relevante para uma percepção otimista ou negativa acerca da situação financeira futura do devedor.

Definir o *kairos* da insolvência e da finitude da perspectiva de melhoria da situação econômica do consumidor sobreendividado depende, portanto, de uma multiplicidade de fatores. Passa-se, a seguir, a apresentar quais os elementos destacados pela jurisprudência para a construção temporal dos requisitos tratados na problemática deste artigo para o (in)deferimento liminar da exoneração do passivo restante, com esteio no art. 238.º, 1- d), do CIRE, nas hipóteses de sobreendividamento pela contração de múltiplos créditos ao consumo.

5. A construção do *kairos* da insolvência pela jurisprudência portuguesa

Não é uniforme a compreensão jurisprudencial da complexa situação do consumidor de múltiplos créditos ao consumo que ingressa em um estado de sobreendividamento e torna-se parte de um processo de insolvência. A depender do caso concreto, destacam-se distintos aspectos para se considerar ou não provados os pressupostos de indeferimento liminar do benefício de exoneração do passivo restante. A complexidade verificada na redação do art. 238.º, 1- d), do CIRE reflete-se na profusão de distintas formas de compreensão do *kairos* da verificação do estado de insolvência e o *kairos* em que se esvaem as perspectivas de melhoria da situação financeira do endividado, além da divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do que pode configurar um grave prejuízo aos credores, para fins de incidência do referido artigo.

Para a análise adiante realizada das construções narrativas acerca do *kairos* dos pressupostos do do art. 238.º, 1- d), do CIRE, foram selecionados (de acordo com a pertinência temática delimitada nesta investigação: o sobreendividamento decorrente da contratação de múltiplos créditos ao consumo) oito acórdãos de distintos Tribunais, sendo quatro acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, dois do Tribunal da Relação do Porto e dois da Relação de Coimbra. O precedente mais recen-

te analisado é proveniente da Relação de Coimbra e data de 07 de março de 2017, enquanto o mais antigo é oriundo da Relação de Lisboa e data de 07 de dezembro de 2010. Realizado o cotejo das posições firmadas nos precedentes abaixo analisados com as premissas defendidas nos tópicos anteriores deste artigo, passar-se-á à apresentação das conclusões extraídas da presente investigação. Utilizar-se-á como método de estudo neste tópico o emprego direto da jurisprudência⁹⁴.

No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20/06/2013, no processo nº 2203/12.6TCLRS-D.L1-2, relator Jorge Leal, tratou-se de devedor que apresentou dificuldades para o cumprimento das obrigações assumidas a partir do final de 2010, deixou de cumprir a generalidade de suas dívidas em finais de fevereiro de 2012 e que apenas apresentou-se à insolvência em 21 de Março de 2012.

De acordo com a *story of the trial*, uma vez que o devedor contava com o apoio do pai e do principal credor⁹⁵, bem como pelo fato de estar em busca de um trabalho em tempo parcial, estaria justificada a perspectiva de melhoria da situação econômica e a não verificação do estado de insolvência. Neste caso, apenas no instante em que cessou o auxílio recebido de seu genitor e se esvaiu a expectativa de aumento dos seus rendimentos⁹⁶, momento em que cessou por completo o

⁹⁴ Para uma distinção entre o método do caso e o emprego direto da jurisprudência, vide: MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade Civil. O método do caso*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 153, nota de rodapé 161

⁹⁵ O insolvente contraiu mútuo em maio de 2011 por proposta de seu próprio principal credor, com o objetivo de aplicar o montante no pagamento de dívidas em atraso perante o próprio mutuante.

⁹⁶ O texto integral da decisão não apresenta, entretanto, maiores fundamentos para justificar a coincidência entre o momento que cessa o auxílio ofereci-

pagamento de suas obrigações, entendeu-se configurado o *kairos* da verificação do estado de insolvência e o *kairos* em que se esvaiu a perspectiva de melhoria da situação financeira do endividado.

No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21/02/2013, processo nº 542/10.0TBLNH.L1-6, relatora Ana de Azeredo Coelho, encontra-se expresso que não se pode “considerar como de insolvência iminente uma contabilização de activos e passivo desligada da dimensão temporal”, e que “a determinação da iminência da insolvência implica uma criteriosa observação da concreta situação do devedor”.

No processo referido, consta que o insolvente, idoso de 66 anos, vivia exclusivamente do rendimento mensal global de € 1.511,77 e pagava uma de renda de casa no valor de € 325,00 por mês. Em suma, tornou-se sobreendividado após a contratação de múltiplos créditos, que totalizavam um valor de capital superior a € 76.000,00, apesar de possuir um rendimento mensal exclusivo, subtraído o montante devido pela renda de casa, de pouco menos de mil e duzentos euros. Foram concedidos seis empréstimos em um intervalo de dois anos e cinco meses, sendo o primeiro em Março de 2006 e o último em Agosto de 2008. A partir de Fevereiro de 2010 começou a incumprir generalizadamente as suas obrigações.

O sobreendividamento originou-se com um “primeiro empréstimo para pagamento de uma dívida fiscal e em razão de uma situação de instabilidade familiar e afetiva” do insolvente, que “tentou superar através de longas viagens, para as

do pelo pai do devedor e o momento que o insolvente percebe que sua situação econômica não deverá melhorar.

quais adquiriu uma viatura, mediante um segundo empréstimo”. Incapaz de manter os custos da viatura, se desfez do bem, “sucendendo-se os empréstimos destinados ao pagamento dos anteriormente contraídos”.

Neste caso, restou consignado que careceriam os autos de elementos que permitissem concluir a existência de uma insolvência iminente em 2007 (requerida pelo administrador e, na mesma senda, considerou-se configurada na decisão recorrida), dada a ausência de informações acerca das cláusulas de vencimento de juros, eventual período de carência ou outras de bonificação e de prazos dos empréstimos. Atentou-se, em adição, que os rendimentos do consumidor não eram excepcionalmente baixos para o contexto português, pois ascenderiam ao triplo do salário mínimo nacional.

A narrativa lacônica e incompleta dos credores acerca da construção do *kairos* da insolvência, que sequer apresentou os elementos basilares da ótica temporal do mercado (em suma, uma narrativa cronológica atenta aos aspectos contabilísticos necessários a uma conclusão racional acerca da configuração de insolvência iminente do devedor), não foi suficiente, portanto, para preencher os requisitos do art. 238.º, 1- d), do CIRE.

No acórdão da Relação de Lisboa de 20/03/2013, processo nº 6209/12.7TCLRS-B.L1-8, relatora Teresa Prazeres Pais, a própria insolvente afirmou que se encontrava em situação económica precária há muito mais de seis meses. Confessou, outrossim, que, para adimplir as despesas ordinárias e empréstimos tomados, passou a contrair créditos pessoais. Ingressou, destarte em uma espiral de créditos sem fim: para cumprir algumas obrigações, deixava de adimplir outras. A devedora trabalhava

na mesma empresa há 10 anos, de modo que o Tribunal concluiu que não existia perspectiva de melhoria na situação econômica da consumidora sobreendividada.

Embora a propositura da ação não tivesse ocorrido no *kairos* adequado, entendeu o Tribunal da Relação de Lisboa que o requisito do grave prejuízo aos credores não estava configurado, pois “não foram fornecidos quaisquer elementos ou factos” que pudessem sustentar a incidência do art. 238.º, 1- d), do CIRE. Não bastaria, portanto, alegar que os múltiplos empréstimos obtidos pela consumidora, fator primordial para o sobreendividamento, implicaram graves e extraordinários prejuízos pelo ulterior avolumar de juros e crescimento global dos débitos. Todas as instituições concedentes de crédito possuíam o dever de analisar a capacidade de adimplemento das obrigações firmadas pela devedora e, portanto, eram cientes do risco de descumprimento do contrato e das consequências do não pagamento atempado. Foi considerado inviável o indeferimento liminar da exoneração do passivo restante previsto no art. 238.º, 1- d), do CIRE, por afigurar-se inexistente qualquer prova de extraordinário prejuízo aos credores pela não apresentação do devedor à insolvência no *kairos* previsto pelos pressupostos da referida norma.

No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07/12/2010, processo nº 10439/10.8T2SNT-C.L1-7, relator Luís Espírito Santo, a “ginástica financeira” do consumidor de múltiplos créditos ao consumo justificou o indeferimento do pedido de exoneração de passivo restante, com base na verificação da previsão da alínea d), do nº 1, do artº 238º, do CIRE. Neste aresto, defendeu-se a posição, hoje ultrapassada, de que competia

ao insolvente o ônus da prova de que a apresentação à insolvência foi realizada no momento oportuno e da inexistência de prejuízo aos credores.

A narrativa da decisão ressalta que o consumidor obteve dez empréstimos distintos (créditos ao consumo, créditos individuais e cartões de crédito) em um período de nove anos, junto a dez distintos credores. A origem da dívida seria o falecimento do companheiro da consumidora insolvente. A partir deste fato, passou a sustentar sozinha dois filhos menores e arcar com as dívidas de herança deixadas pelo seu marido. A insolvente começou a contrair empréstimos para completar o custeio das despesas domésticas e sempre teria honrado pontualmente as obrigações assumidas, até que, três meses antes da propositura do processo de insolvência, seu cartão de crédito (o mesmo que utilizava para levantar a pensão que auferia) foi bloqueado.

Neste precedente, o Tribunal da Relação de Lisboa entendeu que, ao contrair um empréstimo para cobrir outro, a devedora passou a gerar uma “bola de neve de responsabilidades”, cuja consequência era o aumento exponencial da dívida em prejuízo dos credores. Considerou, outrossim, que esta conduta não revestia as características de proceder honesto, lícito, transparente e de boa fé que justificariam o benefício excepcional da exoneração do passivo restante.

Apesar de alguns pressupostos da decisão se firmarem em entendimento considerado superado na jurisprudência quanto ao ônus da prova do prejuízo dos credores, importa ressaltar o seu teor como um exemplo de incompreensão do sentido instituinte do tempo da norma da alínea d), do nº 1, do artº

238º, do CIRE. Ao definir o *kairos* da verificação de insolvência e do justo momento em que se consideram ausentes quaisquer perspectivas de melhoria da situação econômica da devedora, o Tribunal desconsidera a relevância da conduta dos credores para as decisões da devedora. As referidas questões são tratadas em uma mera nota de rodapé, e relegadas a uma simples crítica fora do plano jurídico (nas palavras da decisão, “no puro domínio ético e social”). Contra as instituições que concederam crédito à devedora sobreendividada, expressa o Tribunal que podem ser lançadas “fundadas críticas relacionadas com o facilitismo na concessão de crédito a quem não revela quaisquer condições objectivas para o saldar e, não obstante, se vê compelido/aliciado ao seu imponderado e perigoso recurso”.

Afastar a responsabilidade dos credores pela definição adequada do *kairos* da insolvência vai de encontro ao sentido ético-axiológico que pode ser inferido da compreensão de tempo extraída dos pressupostos do art. 238.º, 1- d), do CIRE. Durante anos, inúmeros empréstimos foram concedidos por distintos credores, o que pode ter incutido na contraente a percepção de que era solvente e de que teria condições futuras de cumprir os contratos de concessão de crédito firmados (afinal, não seria racional e razoável imaginar que uma instituição pudesse conceder crédito a alguém em situação de iminente insolvência ou sem perspectivas de um futuro mais próspero). Afirmar que os credores foram sendo “entretidos” (verbo utilizado e destacado na decisão) pela devedora, que os teria envolvidos na “ginástica financeira” perpetrada, é imputar aos financiadores uma inocência que não apenas não se coaduna com o comportamento de instituições de crédito, como também desconsiderar

os deveres de conduta impostos aos profissionais e empresas atuantes no mercado financeiro. Não se pode concordar, por conseguinte, que o *kairos* da apresentação à insolvência teria sido inoportuno, uma vez que ocorreu apenas após três meses do momento em que uma instituição financeira bloqueou a movimentação da conta da devedora e efetivamente parou de coadunar com o temerário comportamento financeiro da consumidora, outrora incentivado pela concessão de empréstimos após empréstimos pelos mais diversos credores.

No acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 03/07/2012, processo nº 1779/11.0T2AVR-C.C1, relator Fontes Ramos, a espiral de créditos tomados pelo consumidor e que o levaram ao estado de sobreendividamento também foi considerada um comportamento apto a causar grave prejuízo aos financiadores. De acordo com o Tribunal, “quem chega ao ponto de contrair créditos apenas para satisfazer responsabilidades que se iam vencendo, apenas adia/protela uma inevitável insolvência e cria, com culpa grave, uma situação de insolvência iminente”. As críticas expressadas na análise do acórdão anterior quanto à responsabilidade dos credores na geração do sobreendividamento pela contração de múltiplos créditos podem ser aqui replicadas.

Dos fatos provados e indicados no acórdão, consigna-se, em suma, que apenas a celebração de contratos de créditos ao consumo está na base da origem das dívidas do insolvente, contraídas entre outubro de 2005 e janeiro de 2010. Apresentou-se à insolvência em setembro de 2011, após um longo período de renegociações, quitações de obrigações antigas seguidas de novas contratações, até atingir o estado de incumprimento dos contratos que originou o sobreendividamento.

Quanto ao *kairos* da verificação do estado de insolvência e da ausência de perspectivas sérias de melhoria da situação econômica do devedor, a referida decisão afirma que, da própria petição inicial, pode ser inferido o descumprimento destes pressupostos do art. 238.º, 1- d), do CIRE. Ao expressar que estava ciente da perda do controle de sua situação financeira e que não vislumbrava possibilidade de mudança no seu quadro econômico desde data anterior, pelo menos, a setembro de 2010 (um ano antes da apresentação à insolvência), o consumidor sobreendividado denota ciência de que o *kairos* da apresentação não foi observado. Manifesta, outrossim, um comportamento contrário aos ditames da boa-fé, pois conscientemente, assumiu novas obrigações que sabia não possuir condições de arcar. Conforme se extrai da petição inicial, o devedor utilizou de múltiplos créditos ao consumo, não como um “recurso para obviar a uma qualquer aquisição de bens ou a um qualquer evento pontual (com exceção do alegado sob o art.º 7º da petição)”, mas sim para torná-lo “um aditivo aos rendimentos que auferia, suportando o seu modo de vida à custa dos créditos financeiros”.

Discorda-se, entretanto, do preenchimento do requisito do grave prejuízo aos credores, pois estes concederam créditos a consumidor sem capacidade de adimplemento ou, no mínimo, com perfil de alto risco. Não se discute que, das manifestações do próprio insolvente, se pode concluir o fato de que ele assumiu obrigações que já poderia prever não ter condições futuras de pagar, apesar de justificar tais atitudes em situações extraordinárias alheias a sua vontade (doenças familiares, desemprego, nascimento de filho...). Questiona-se aqui se o devedor criou, com os novos contratos de empréstimo assumidos

após a verificação do *kairos* da insolvência, um prejuízo anormal para os credores.

Ressalta a decisão da Relação de Coimbra ora analisada que os interesses presentes no processo de insolvência dizem respeito a toda a sociedade, “independentemente do seu real contributo para a actual crise económica e financeira com que nos debatemos e continuaremos a debater”, trecho com o qual concordamos sem reservas. Afirma-se, entretanto, que “a tendência para a ‘opacidade’ na apresentação dos factos por parte dos devedores” implicaria a necessidade de “mudança de postura, também, por parte de credores, administrador da insolvência e dos tribunais” para se lograr a escorreita averiguação da realidade e “decidir de forma conscienciosa, face ao reduzido e, por vezes, quase nulo contributo dos intervenientes processuais”. Não obstante ser correto afirmar e defender a necessidade de construção de narrativas fático-probatórias mais consistentes para uma decisão judicial mais justa, é necessário destacar que não é do devedor insolvente o ônus da prova de fatos que depõem contra o seu direito às benesses do processo de insolvência. Cabe aos interessados trazer a lume tais fatos e atestar que a conduta do sobreendividado destoa do padrão de boa-fé que se pode presumir de um contratante, assim como provar que incorreram em um prejuízo excepcional ou inesperado pela apresentação à insolvência em momento inadequado.

No acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19/12/2012, processo nº 3087/11.7TBVCD.P1, relatora Maria João Areias, confirmou-se a decisão recorrida para manter o indeferimento liminar da exoneração do passivo restante. Trata-se de

insolvente cujos débitos possuem naturezas distintas, dentre as quais, múltiplos contratos de empréstimo. O processo de insolvência foi proposto pelo devedor em novembro de 2011, porém desde 2008 verificaram-se inúmeros incumprimentos que abrangiam “grande parte, senão toda, das suas obrigações periódicas (rendas, prestações bancárias, contribuições para a segurança social e Finanças)”.

Para o tribunal, o grave prejuízo para os credores restou configurado pela realização de novos empréstimos e assunção de mais obrigações entre 2008 e 2010, algumas das quais o devedor sequer justificou em sua petição inicial. Também não justifica o insolvente o motivo pelo qual apenas ingressou com a ação três anos após o momento em que iniciou a descumprir grande parte de suas obrigações, instante em que já se encontrava, inclusive, sem qualquer rendimento disponível para abater as dívidas acumuladas, e ainda pendiam contra si várias ações, quer declarativas (que resultaram em condenações), quer executivas.

Resta clara a delicada situação financeira do devedor e a ausência de perspectivas de melhoria da sua situação econômica muitos anos antes da propositura da ação, de onde se conclui que o *kairos* da verificação do estado de insolvência – que pode se inferir do cotejo do caso concreto com os pressupostos do art. 238.º, 1- d), do CIRE – não foi observado pelo autor.

É certo que estar desempregado e ser réu em inúmeros processos resultantes do incumprimento de obrigações previamente assumidas constituem fatos suficientes para que uma pessoa perceba que não teria condições de assumir novas dívidas sem invariavelmente descumpri-las no futuro. Tal constatação é agravada pelo fato de estas contratações posteriores

não serem justificadas por nenhuma razão extraordinária ou mesmo realizadas com uma plausível esperança de mudança no quadro de dificuldades financeiras em que se encontra. Trata-se, portanto, de atitude da qual se pode inferir culpa grave do devedor e violação aos ditames da boa-fé.

Causa espécie, entretanto, que não se refira nos autos ao comportamento dos credores, que concederam novos empréstimos a uma pessoa desempregada, com histórico de incumprimentos e demandado em diversas ações judiciais. Há, inclusive, notícia de empréstimos ocorridos em 2009, mais de um ano após o devedor encontrar-se desempregado. Questiona-se aqui se a assunção de várias obrigações muito após o *kairos* da verificação do estado de insolvência e da perda de qualquer perspectiva de melhoria na sua situação econômica realmente implicou prejuízos graves aos credores. Os credores mais recentes, a toda evidencia, concederam empréstimos sem a acurada análise da capacidade de adimplemento do contraente. Os credores mais antigos (cuja relação com o insolvente precede o *kairos* do processo de insolvência), por seu turno, preveem no contrato o pagamento de juros proporcionalmente ao risco assumido. Não se compreende, portanto, que a assunção das novas dívidas implicou ou poderia configurar um especial prejuízo aos credores, de modo que se questiona o preenchimento do requisito do grave prejuízo para os credores, previsto no art. 238.º, 1- d), do CIRE.

No acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/07/2011, processo nº 1095/10.4TBSJM-C.P1, relator Amaral Ferreira, acertadamente foram compreendidas as consequências do desemprego e da contração posterior de múltiplos cré-

ditos de maneira oposta ao precedente anterior. Concluiu-se na decisão que não implica prejuízo grave aos credores a contratação de empréstimos para o custeio das despesas correntes da família e para garantir “um mínimo de conforto ao filho menor e estudante, sempre na expectativa de o devedor desempregado conseguir emprego e de honrarem os seus compromissos”. Entendeu-se também que não se poderia considerar que estavam cientes, ou pelo menos não podiam ignorar sem culpa grave, inexistir qualquer perspectiva séria de melhoria da sua situação económica.

A decisão recorrida, que gerou o acórdão ora analisado, indeferiu liminarmente o pedido de exoneração do passivo restante, após entender que o insolvente não ingressou atempadamente com o processo de insolvência. Do acórdão, extraem-se, em síntese, os seguintes fatos: em dezembro de 2010, apresentaram-se à insolvência, após verificarem ter ingressado em uma espiral de dívidas e o sobreendividamento da família. A saúde financeira familiar restou abalada após um dos autores encontrar-se desempregado, no ano de 2005. Esperavam os autores que a situação de desemprego fosse passageira, razão pela qual passaram a contrair créditos ao consumo para completar o orçamento doméstico neste interregno. A maior parcela do montante devido é um contrato de crédito à habitação, e o restante (aproximadamente 30% do total das dívidas, contabilizados os juros) é decorrente de contratos de crédito ao consumo. O crédito à habitação foi contraído em 2001, muito antes do início da crise mundial que também assolou a economia portuguesa. O tribunal pontua que é desconhecida a evolução dos incumprimentos dos vários contratos de crédito

celebrados, designadamente se o recurso a novos empréstimos para satisfazer os anteriores, agravaram a satisfação das obrigações assumidas entre 2005 e final de 2010. Não há nos autos elementos que atestem um especial prejuízo dos credores pela contração de múltiplos créditos ao consumo, para além do normal e contabilizado risco de inadimplemento e de avolumar dos juros, típicos de contratos que são vendidos pelas instituições bancárias em “campanhas publicitárias tantas vezes marcadas pelo facilitismo”, conforme ressalta a decisão analisada.

Ausente qualquer prova de que a melhoria futura da situação financeira da família não era posição plausível de ser adotada sem que os devedores incorressem em culpa grave, bem como de que foi gerado um prejuízo extraordinário pela apresentação à insolvência apenas no momento escolhido pelos autores, tem-se por escorreita a decisão que afastou o indeferimento liminar da exoneração do passivo restante.

Por fim, analisa-se o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 07/03/2017, processo nº 2891/16.4T8VIS.C1, relator Jorge Manuel Loureiro, na qual manteve-se a decisão recorrida, que indeferiu liminarmente a exoneração do passivo restante. A narrativa da *story of the trial* concluiu pela configuração de grave prejuízo aos credores, bem como pela propositura do processo de insolvência em momento diverso do *kairos* que se poderia extrair dos fatos, que foi delimitado na narrativa da decisão em três anos antes da efetiva apresentação à insolvência pelo devedor.

Entendeu o tribunal que a contração de novos empréstimos em período que já não possuía qualquer fonte de rendimentos e inúmeras dívidas acumuladas – comportamento reiterado por três anos após a verificação do estado de insolvência

e da perda de perspectivas de melhoria na situação econômica do devedor – configura o grave prejuízo a que se refere o art. 238.º, 1- d), do CIRE. Não se observa neste acórdão, entretanto, o comportamento temerário dos credores, que também neste caso, do que se pode inferir dos fatos aduzidos na decisão, concederam empréstimos a pessoa cujo perfil evidenciava um alto risco de inadimplemento.

6. Conclusão: a necessidade de se (re)configurar o sentido dos pressupostos do art. 238.º, 1- d), do CIRE

A diversidade de interpretações encontradas na doutrina e na jurisprudência para a concretização dos pressupostos do art. 238.º, 1- d), do CIRE, é indício suficiente de que o tema aqui tratado não é de fácil consenso.

Releva da investigação realizada a necessidade de se compreender a problemática extraída do referido artigo a partir do sentido ético-axiológico que se pode inferir do dispositivo, e a sua compreensão deve estar em sintonia com o sentido do direito, cujo fundamento é o respeito à pessoa e a sua ineliminável dignidade. Não se pode, portanto, na percepção do *kairos* da insolvência, querer impor estritamente o tempo do mercado às decisões tomadas pelas pessoas singulares. A racionalidade que é pressuposta às decisões tomadas pelas instituições concedentes de crédito não pode ser simplesmente transposta para comportamento dos consumidores, uma vez que estes são influenciados por inúmeros estímulos irracionais do mercado pu-

blicitário e que se somam à própria complexidade de fatores que influenciam na psique humana para a tomada de decisões. É necessário, por conseguinte, tratar os devedores a partir das características próprias de sua natureza, bem como considerar as vicissitudes próprias de cada situação concreta.

Também não se pode afastar o benefício da exoneração do passivo restante sem que esteja devidamente provada, a partir das narrativas construídas em juízo, a incidência autônoma e cumulativa de todos os pressupostos constantes no art. 238.º, 1- d), do CIRE.

Nas hipóteses de sobreendividamento por contração de múltiplos créditos ao consumo, é necessário considerar que o *kairos* da verificação do estado de insolvência e da perda de perspectivas de melhoria da situação econômica do devedor são fortemente influenciadas pelas atitudes adotadas pelos agentes credores. A relação especial de confiança entre os consumidores dos serviços de crédito e os deveres específicos assumidos pelos agentes do mercado financeiro incutem nos primeiros a ideia de que a concessão do crédito é realizada de forma responsável. Não é razoável esperar que o consumidor imagine que está em situação de insolvência iminente ou que não possui um futuro econômico promissor, se a ele são concedidos novos créditos ou a possibilidade de ampliar obrigações previamente contratadas.

Tão relevante quanto analisar o comportamento do devedor é, portanto, perquirir acerca das atitudes tomadas pelos credores na relação que culminou no processo de insolvência. Para se configurar o requisito do prejuízo aos credores, um dos pressupostos do art. 238.º, 1- d), do CIRE, para o indeferimen-

to liminar da exoneração do passivo restante, não basta o simples crescimento da dívida pela contração de novos créditos ao consumo. É necessário que, das narrativas dos fatos e das provas constantes no processo, restem aduzidos um anormal, extraordinário, inesperado prejuízo, a exemplo da doação de bens ou da má-fé nas declarações de risco aos bancos. Impor esta obrigação às instituições credoras também possui o condão de reforçar a necessidade de oferecimento do crédito responsável no mercado de consumo, bem como a importância do cumprimento dos deveres impostos especificamente a este tipo de contratação, que se somam aos deveres gerais de conduta no âmbito contratual.

O simples inadimplemento já é previsto na definição do *spread* bancário. As entidades financeiras atuam diuturnamente, de forma incessante, simplesmente a maquinar formas de aumentar seus lucros sobre os seus clientes. Não se pode impor exclusivamente ao consumidor o ônus de uma má decisão que foi tomada por ambas as partes contratantes.

A TUTELA DO PRESTADOR DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Pedro Falcão*

SUMÁRIO: I. Introdução. II. A Prestação de Serviços Públicos Essenciais: 1) Os Serviços; 2) O Contrato; 3) As Partes; 4) Especial Protecção do Utente. III. A Tutela do Prestador do Serviço: 1) Contratação por Adesão; 2) Institutos Clássicos; 3) Outros Instrumentos; 4) Meios Processuais. IV. Conclusões.

I. Introdução

A prestação dos chamados serviços públicos essenciais está enquadrada por um conjunto de princípios e normas que consagram uma expressiva protecção do seu credor, quer este se trate de um consumidor ou de qualquer outro sujeito sem esta qualificação. O diploma central nesta matéria é a Lei n.º 23/96, de 26 de Julho¹, que, imediatamente antes de estabelecer um elenco dos serviços cuja prestação visa regular

* Aluno da 17.ª Edição do Curso de Pós-Graduação em Direito dos Contratos e do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrando em Direito Civil na mesma Faculdade.

¹ Diploma conhecido por Lei dos Serviços Públicos Essenciais, que cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger os utentes de tais serviços, várias vezes alterado, a última das quais pela Lei n.º 10/2013, de 28 de Janeiro.

(fornecimento de água, energia eléctrica, gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados, serviço de comunicações electrónicas, serviços postais, recolha e tratamento de águas residuais, e gestão de resíduos sólidos urbanos) e à entrada de um articulado que se ocupa, entre outros, de aspectos fulcrais como a suspensão da prestação do serviço, a prescrição do direito ao recebimento do preço, o ónus da prova do cumprimento de certas obrigações e a resolução de litígios, afirma peremptoriamente que o seu regime vigora “em ordem à protecção do utente” (cfr. art. 1.º/1).

Se à Lei n.º 23/96, que protege todos os destinatários destes serviços, acrescentarmos as várias normas consagradas com o mesmo objectivo nos diferentes diplomas sectoriais e ainda o quadro normativo que protege a específica posição do consumidor, verificamos, sem grande exagero, que, no actual estado de coisas e pelo menos no plano do direito, a fragilidade começa a deslocar-se para a esfera do prestador. Uma evolução que se compreende, que é fruto da consciência da vulnerabilidade negocial dos utentes (profundamente dependentes da prestação e, as mais das vezes, meros aderentes a formulários contratuais pré-elaborados pelas entidades prestadoras) e que levou a que, ao longo de décadas, sucessivos esforços legislativos tenham procurado a correcção das assimetrias típicas das relações jurídicas neste domínio, particularmente quando num dos pólos figura um consumidor.

A situação foi assim ficando mais difícil para os prestadores do serviço, que, não obstante a posição privilegiada que mantêm na relação, vêem hoje a sua actuação abundantemente regulada e espartilhada, a sua liberdade con-

tratural também restringida (como se verá adiante, nem são livres de celebrar contratos apenas com quem queiram, nem de modelar o respectivo conteúdo exactamente como lhes aprouver) e a sua capacidade de reacção ao incumprimento bastante condicionada por todas as regras que imperativamente protegem o utente.

Partindo deste quadro, o estudo que aqui se desenvolve visa, em contracorrente, perceber onde é que subsistem espaços de tutela do prestador de serviços públicos essenciais no ordenamento jurídico português, procurando identificar e analisar, não exaustivamente, alguns dos instrumentos jurídicos que ainda o auxiliam no exercício da sua actividade, *maxime* na satisfação do seu crédito. Uma pesquisa que será antecedida de uma exposição de contexto em torno dos aspectos basilares que caracterizam a relação obrigacional de prestação de serviços públicos essenciais no nosso ordenamento.

II. A Prestação de Serviços Públicos Essenciais

1) Os Serviços

A Lei n.º 23/96 apresenta no seu art. 1.º/2 uma lista dos serviços sobre que incide esta prestação, lista esta cujo carácter taxativo ou exemplificativo se discute na doutrina, parecendo-nos, com a modéstia que se impõe, ser de acompanhar a posição defendida, entre outros autores, por JORGE MORAIS CAR-

VALHO, no sentido da *taxatividade* da enumeração². De facto, mesmo no quadro de uma concepção contemporânea da realização do direito, estruturada numa racionalidade dialéctica e analógica que orienta o intérprete a “ir e vir com o olhar”³ do problema concreto para um sistema jurídico aberto e capaz de o assimilar na sua relevância material, sempre o cânone metodológico consagrado no Código Civil terá o seu préstimo, particularmente as regras, atinentes à interpretação, da consideração mínima do *elemento literal* e da *presunção do legislador razoável*, previstas no art. 9.º. Pelo que, ainda que se considere, como também parece razoável, que outros serviços há tão ou mais essenciais do que os elencados na Lei n.º 23/96 (v.g. serviços de saúde), cujos problemas concretos encontrariam eventual correspondência na intencionalidade problemática das normas e princípios desta lei, é difícil sustentar que a vontade que o legislador neste ponto exprimiu literalmente de forma tão clara (“são os seguintes os serviços públicos abrangidos” — itálico nosso) e a que deve estar subjacente a ideia de que, no actual momento histórico-cultural, a especial protecção do utente destes serviços é a solução

² JORGE MORAIS CARVALHO (*Manual de Direito do Consumo*, 2016) sublinha que “apesar de se debater acerca do carácter taxativo ou meramente exemplificativo da lista, é muito duvidoso que, face à letra do preceito [...], possam ser acrescentados serviços na sequência de simples determinação, por via interpretativa, da sua natureza de serviço público essencial” (pág. 270). Em sentido diferente, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Carácter Exemplificativo do artigo 1.º, n.º 2 da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho?*, 2004, pág. 424.

³ Tomamos aqui de empréstimo a inspirada imagem que KARL ENGISCH USOU para caracterizar a realização judicativo-decisória do direito (*apud* FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica*, 2012, pág. 20).

mais razoável, possa apontar noutro sentido que não o da taxatividade da lista⁴.

Seja como for, os serviços que a Lei dos Serviços Públicos Essenciais considera expressamente integrados no seu âmbito de aplicação são os que surgem no seu art. 1.º/2 e o seu recorte técnico pode fazer-se com o apoio de alguns dos diplomas que regem cada sector, como se segue.

Aos serviços de *fornecimento de água, de recolha e tratamento de águas residuais, e de gestão de resíduos sólidos urbanos*, respeita fundamentalmente o Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto⁵, que os define como compreendendo designadamente a "captação, elevação, tratamento, adução, armazenamento e distribuição de água para consumo público", a "recolha, drenagem, elevação, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas» e a «recolha, transporte, armaze-

⁴ A própria exposição de motivos da proposta que está na origem da Lei n.º 23/96 (Proposta de Lei n.º 20/VII, *Diário da Assembleia da República, II Série-A*, Número 33, de 4 de Abril de 1996), mostra bem esta forma de pensar: "é em relação a estes serviços que *mais se justifica, desde já, a intervenção do legislador*" (pág. 590 — itálico nosso). Também a intervenção da Ministra do Ambiente da época no debate na generalidade da referida proposta (*Diário da Assembleia da República, I Série*, Número 56, de 12 de Abril de 1996) sublinha esta ideia: "este diploma não tem em vista todos os serviços públicos que possam ser considerados essenciais, nem sequer fazer teoria geral sobre todos os aspectos do seu regime jurídico", mas sim "terminar de uma vez por todas com actuações e práticas concretas que a sociedade considera há muito abusivas e prejudiciais para os utentes" (pág. 22).

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (*A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais*, 2000), sustentando a taxatividade da lista original, explica que o legislador terá pretendido, entre outros aspectos, "criar regras adequadas a problemas frequentes e já suficientemente delimitados destes serviços básicos, aos quais havia que responder" (pág. 339).

⁵ Diploma que estabelece o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos, alterado pelo Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de Julho, e pela Lei n.º 12/2014, de 6 de Março.

nagem, triagem, tratamento, valorização e eliminação de resíduos urbanos” (art. 2.º/1).

Ao serviço de *fornecimento de energia eléctrica* diz respeito o Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto⁶, que define “fornecimento” neste contexto como a “venda de energia eléctrica a qualquer entidade” (art. 2.º/gg), energia esta que é transmitida “em redes de distribuição de alta, média e baixa tensão para entrega ao cliente” (cfr. art. 2.º/u).

Ao serviço de *fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados* dirige-se o Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho⁷, que, a propósito da actividade de *distribuição de gás natural* em regime de serviço público, dispõe que esta compreende, entre outros aspectos, “o recebimento, a veiculação e a entrega de gás natural a clientes finais através das redes de média e baixa pressão” (art. 20.º/2/a).

Do *serviço de comunicações electrónicas* ocupa-se especialmente a Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro⁸, que o define como sendo “o serviço oferecido em geral mediante remuneração, que consiste total ou principalmente no envio de sinais

⁶ Diploma que complementa as bases da organização e do funcionamento do Sistema Eléctrico Nacional, várias vezes alterado, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de Outubro.

⁷ Diploma que complementa as bases gerais da organização e funcionamento do Sistema Nacional de Gás Natural e as bases gerais aplicáveis ao exercício das actividades de recepção, armazenamento e regaseificação de gás natural liquefeito, de armazenamento subterrâneo, transporte, distribuição e comercialização de gás natural, incluindo a comercialização de último recurso, e à organização dos mercados de gás natural, algumas vezes alterado, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de Outubro.

⁸ Lei das Comunicações Electrónicas, que estabelece o regime jurídico aplicável às redes e serviços de comunicações electrónicas e aos recursos e serviços conexos e define as competências da autoridade reguladora nacional neste domínio, várias vezes alterada, a última das quais pela Lei n.º 15/2016, de 17 de Junho.

através de redes de comunicações electrónicas, incluindo os serviços de telecomunicações e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão, sem prejuízo da exclusão referida nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 2.º (art. 3.º/ff), referindo-se, por sua vez, o art. 4.º/3 da Lei n.º 23/96, a propósito das tarifas aplicáveis aos serviços prestados neste contexto, a “redes fixa e móvel”, “acesso à Internet” e “televisão por cabo”.

Os *serviços postais* são em grande medida regulados pela Lei n.º 17/2012, de 26 de Abril⁹, que caracteriza a actividade de prestação de serviços postais como integrando as “operações relativas à admissão dos envios postais numa rede postal”, a “triagem dos envios postais para o seu transporte até ao centro de distribuição da área a que se destinam”, a “deslocação dos envios postais, por meios técnicos adequados, desde o ponto de acesso à rede postal até ao centro de distribuição” e o “conjunto de operações realizadas desde a divisão dos envios postais, no centro de distribuição da área a que se destinam, até à entrega aos seus destinatários, pessoas singulares ou colectivas a quem é dirigido um envio postal” (art. 4.º/1).

À prestação de todos eles dirige-se a Lei n.º 23/96, atribuindo-lhes a designação controversa de *serviços públicos essenciais*, designação que se presta a uma eventual confusão com o conceito de *serviço público* em sentido subjectivo (“actividade de que a Administração é titular e por cujo exercício é responsável”¹⁰) e que se desvia do conceito mais adequado de *serviço de interesse geral* (aquele que satisfaz “necessidades

⁹ Diploma que estabelece o regime jurídico aplicável à prestação de serviços postais, em plena concorrência, no território nacional, bem como de serviços internacionais com origem ou destino no território nacional.

¹⁰ PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, 1999, pág. 36.

básicas da generalidade dos cidadãos quer elas sejam económicas, sociais ou culturais e cuja existência seja essencial à vida, à saúde ou à participação social dos cidadãos"¹¹, independentemente da natureza pública ou privada do prestador) ou, mais precisamente, de *serviço de interesse económico geral* (aquele que satisfaz “necessidades básicas, de natureza económica, dos cidadãos”¹²)¹³ — superando a polémica, ELIONORA CARDOSO remata algumas considerações sobre a questão com a ideia de que serviços públicos essenciais serão afinal os “serviços de interesse geral que se encontram expressamente consagrados na Lei n.º 23/96”¹⁴. Trata-se, portanto, de uma controvérsia que, sendo compreensível do ponto de vista do rigor técnico-jurídico e da consciência das implicações que a sua falta quase sempre tem na disciplina da realidade e na resolução de litígios, se afigura um tanto exagerada, uma vez que parece resultar claro da lei e da sua *occasio* o alcance da designação, que surge como mera decorrência da origem pública daqueles serviços e do carácter essencial que revestem para a vida quotidiana dos

¹¹ RODRIGO GOUVEIA, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, 2001, pág. 17.

¹² *Idem, ibidem*, pág. 22.

¹³ RODRIGO GOUVEIA, *ibidem*, avança ainda com uma análise do chamado *serviço universal*, conceito paralelo de grande importância social que o autor caracteriza como traduzindo um “conjunto de princípios e de obrigações que devem reger determinados serviços, por forma a que estes sejam acessíveis a todos os cidadãos a preços razoáveis” (pág. 25). As exigências a que o autor se refere são orientadas por princípios como o da *universalidade* (acessibilidade a todos os cidadãos), o da *igualdade* (acesso ao serviço e prestação desse serviço em condições de igualdade), o da *qualidade* (manutenção de padrões de qualidade que garantam a plena satisfação das necessidades dos utentes) ou o da *continuidade* (prestação, em regra, continuada do serviço).

¹⁴ ELIONORA CARDOSO, *Os Serviços Públicos Essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português*, 2010, pág. 52.

respectivos destinatários¹⁵. Para o efeito prático da interpretação e aplicação desta lei ou de qualquer diploma sectorial, a eventual falta de rigor na elaboração do conceito não parece trazer complicações.

2) O Contrato

A prestação de serviços públicos essenciais é o objecto de contratos privados¹⁶ celebrados entre as entidades presta-

¹⁵ Lê-se na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 20/VII, *cit.*: "Domínio tradicional do Estado, Regiões Autónomas, autarquias e empresas públicas, os serviços públicos essenciais, já hoje entregues também a empresas privadas, são fundamentais para a prossecução de um nível de vida moderno" (pág. 590).

¹⁶ A questão é ainda hoje discutida na jurisprudência nacional, a propósito da determinação da competência interna para julgar litígios emergentes da relação jurídica de prestação do serviço de fornecimento de água: no sentido da competência dos Tribunais Judiciais (e, portanto, da tese do contrato de direito privado), cfr. Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 15-12-2016, Proc. n.º 179233/12.1YIPRT.P1 (Maria José Simões), www.dgsi.pt; sustentando a competência dos Tribunais Administrativos e Fiscais (e, em conformidade, a tese do contrato de direito público), cfr. Ac. do Tribunal da Relação de Évora de 05-11-2015, Proc. n.º 185414/12.0YIPRT.E1 (Abrantes Mendes), www.dgsi.pt.

Na doutrina, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*Serviços Públicos, Contratos Privados*, 2002) aborda a controvérsia explicando que esta tem origem numa ideia de serviço público em sentido subjectivo, enquanto actividade de interesse geral directa ou indirectamente *a cargo da Administração*, a cujas prestações os cidadãos acederiam por acto unilateral e mediante o pagamento de uma taxa no quadro de uma relação jurídica administrativa, cenário que, relativamente aos serviços públicos essenciais, é desde logo contrariado, nota o autor, pela referência expressa que o art. 13.º/3 da Lei n.º 23/96 faz ao "contrato" celebrado entre o prestador e o utente destes serviços, pondo assim em causa a ideia do acesso unilateral às respectivas prestações, contrato este que, se é de consumo, ou seja, privado, quando celebrado com um consumidor, deverá também ser considerado privado quando celebrado com um profissional, já que a Lei dos Serviços Públicos Essenciais não distingue entre categorias de utentes para os efeitos que prevê — "os actos geradores das obrigações de prestação de serviço e de pagamento pelo utente são portanto contratos de direito privado, que, no essencial, se

doras e os respectivos utentes, não obstante a prestação destes serviços, muitas vezes assegurada por comercializadores registados, estar sujeita, por força da própria natureza dos serviços, a imperativos de direito público que se projectam na actuação dos prestadores, já que tal actuação “conforme o puro jogo das regras de mercado e da livre concorrência poderia ser insuficiente para a adequada satisfação das necessidades colectivas”¹⁷.

A natureza de tais contratos — em boa parte dos casos *mistos, de compra e venda e prestação de serviço* — varia consoante o utente seja um comerciante, um profissional não comerciante ou um consumidor, assim se qualificando o contrato, de uma perspectiva subjectiva, como *bilateralmente comercial* ou como *unilateralmente comercial, maxime, de consumo*¹⁸.

O caso dos municípios que fazem uma gestão directa do serviço de fornecimento de água é mais delicado, uma vez que por força do art. 17.º do Código Comercial (doravante “CCOM”) não preenchem o requisito subjectivo que está na base da qualificação que fizemos. Acontece que, estatui o mesmo preceito, não podendo ser comerciantes, podem todavia, “nos limites das suas atribuições, praticar actos de comércio”, ficando, quanto a estes, “sujeitos às disposições deste Código”. Ora, se por interpretação extensiva integrarmos na hipótese do art.

regem pelo direito privado” (págs. 120 e segs.). Ver também JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *cit.*, pág. 269.

¹⁷ PEDRO GONÇALVES e LICÍNIO LOPES MARTINS, *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, 2004, pág. 302.

¹⁸ Definido por JORGE MORAIS CARVALHO (*Manual...*, *cit.*) como o “contrato que incide sobre uma coisa, um serviço ou um direito destinado a uso não profissional de um dos contraentes, sempre que o outro contraente atue no âmbito da sua atividade profissional” (pág. 29).

230.º/2.º CCOM o fornecimento de água¹⁹, tal consubstanciará um acto objectivo de comércio²⁰, praticável por um município, fazendo do contrato que este celebra com um utente com esse fim um *contrato comercial em sentido objectivo*, enquadrado pela lei comercial — inclusivamente, parece defensável, quanto à natureza dos juros a cobrar, por força do art. 102.º/3.º e 4.º CCOM (que, embora referindo-se a créditos de que sejam titulares empresas comerciais, deveria ter aplicabilidade no caso dos municípios, sujeitos que estão, quanto aos actos comerciais que pratiquem, “às disposições deste Código”).

Nos casos dos contratos celebrados com *consumidores* (relembra-se que também pode ser unilateralmente comercial o contrato celebrado com um profissional, como será o caso de um contrato de prestação do serviço de fornecimento de água celebrado entre uma sociedade comercial concessionária e um oleiro), em que “*un déséquilibre risque d’apparaître*”²¹, aplicam-se, naturalmente, as disposições próprias das relações de consumo.

O contrato é normalmente celebrado por adesão do utente a um conjunto de *condições gerais* pré-elaboradas pelo prestador do serviço para contratação em massa, o que, ao mesmo tempo que facilita a taylorização dos contratos, restringe a liberdade contratual do aderente, que se vê limitado a

¹⁹ Cfr. A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, Vol. I, 1973, pág. 80, particularmente a nota 1.

²⁰ JORGE COUTINHO DE ABREU (*Curso de Direito Comercial*, Volume I, 2014) vê as *empresas* referidas pelo art. 230.º como “conjuntos ou séries de actos (actividades) objectivamente comerciais enquadrados organizatoriamente (actos praticados no quadro de organizações de meios pessoais e/ou reais)” (pág. 84).

²¹ JEAN CALAIS-AULOY e HENRI TEMPLE, *Droit de la consommation*, 2010, pág. 243.

contratar ou não contratar, muitas vezes sem possibilidade sequer de escolha da contraparte, como acontece no mercado do fornecimento de água, em que os prestadores operam em regime de monopólio no respectivo âmbito territorial de actuação²². Diga-se, todavia, para justiça das coisas, que, se o prestador do serviço goza de uma quase total liberdade de modelação do conteúdo contratual²³, é também sobre esse mesmo prestador que impende um *dever de contratar*²⁴, fundado na essencialidade do serviço, que o obriga a contratar com quem quer que o solicite²⁵, salvo contadas excepções²⁶.

3) As Partes

Quanto às partes desta relação contratual, a Lei n.º 23/96 apresenta-as com clareza no seu art. 1.º: de um lado, o *prestador do serviço*, definido como “toda a entidade pública ou privada que preste ao utente qualquer dos serviços referidos

²² Cfr. ERSAR, *Relatório Anual dos Serviços de Águas e Resíduos em Portugal (2016): Volume 1 — Caracterização do setor de águas e resíduos*, 2016, pág. 17.

²³ O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, consubstancia um razoável espartilho à criatividade potencialmente abusiva das entidades predisponentes, ao mesmo tempo que determinadas normas previstas nos diplomas que regulam as actividades nos diferentes sectores estabelecem outros condicionalismos à livre fixação do conteúdo do contrato — exemplo acabado disto mesmo é o art. 48.º da Lei das Comunicações Electrónicas, que determina o conteúdo mínimo dos contratos de oferta de redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público.

²⁴ Ver, por todos, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual...*, cit., págs. 273 e segs..

²⁵ Cfr. v.g. art. 59.º/1 e 2 do Decreto-Lei n.º 194/2009.

²⁶ Cfr. art. 46.º/5 da Lei n.º 5/2004.



no n.º 2" (n.º 4); do outro, o *utente*, definido como a "pessoa singular ou colectiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo" (n.º 3). Como foi já adiantado, a lei não distingue, quanto aos destinatários dos serviços que elenca e "para os efeitos [nela] previstos" (art. 1.º/3), entre diferentes categorias de sujeitos, no que consubstancia uma extensão material da protecção tipicamente dirigida aos consumidores a quaisquer beneficiários do serviço prestado, façam dele um uso profissional ou não profissional²⁷. É interessante lembrar a este propósito que a Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, e a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho²⁸ (Lei de Defesa do Consumidor), foram debatidas em conjunto na Assembleia da República, tendo sido apresentadas como "duas propostas de lei de protecção do consumidor"²⁹.

No que toca aos prestadores do serviço, tradicionalmente entidades públicas, estes são hoje, fruto dos movimentos de privatização e liberalização dos últimos anos, os mais variados: municípios em prestação directa do serviço (v.g. Município de Évora — águas e resíduos), empresas municipais (v.g. Águas

²⁷ FERNANDA MAÇÃS (*São os municípios utentes de serviços públicos essenciais?*, 2008) faz, todavia, notar que, embora abrangente, o conceito de *utente* "não pode deixar de se considerar limitado pelo fim visado ou a razão de ser da protecção conferida aos utentes", que é a de compensar o desequilíbrio de forças que normalmente se verifica entre o prestador do serviço e os utentes que utilizam tal serviço para acorrer às suas próprias necessidades, pelo que os *municípios*, enquanto responsáveis últimos pela prestação do serviço de fornecimento de água, ainda que através de um concessionário, não deverão ser considerados utentes para os efeitos previstos na Lei n.º 23/96, "uma vez que *utente*, neste caso, será o município, seja pessoa singular ou colectiva, destine-se o serviço a uso doméstico ou profissional" (pág. 7).

²⁸ Diploma que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores, algumas vezes alterado, a última das quais pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho.

²⁹ *Diário da Assembleia da República, I Série...*, cit., pág. 20.

de Coimbra — águas), sociedades anónimas (v.g. Galp Power, CTT e Valorsul — gás natural, serviços postais e resíduos, respectivamente), sociedades por quotas (v.g. Lycamobile Portugal — comunicações electrónicas), cooperativas (v.g. Coopérnico — energia eléctrica), entre outros. No fundo, qualquer entidade que preste estes serviços, “independentemente da sua natureza jurídica, do título a que o faça ou da existência ou não de contrato de concessão” (art. 1.º/4 da Lei n.º 23/96).

4) Especial Protecção do Utente

A protecção do utente, a que a Lei n.º 23/96 expressamente se dedica e que decorre da essencialidade dos serviços a que se dirige e da consciência da assimetria de posições que tradicionalmente se verifica entre as partes contratantes, atravessa vários domínios, agrupáveis sob a luz de alguns princípios fundamentais, três dos quais com consagração naquela lei: *boa fé* (o prestador do serviço deve agir em conformidade com os ditames da boa fé, e consciente das exigências de serviço público que enquadram a sua actuação e da importância dos interesses dos utentes — cfr. art. 3.º); *continuidade* (a prestação do serviço não pode ser suspensa a não ser em casos especiais e, em regra, mediante pré-aviso adequado — cfr. art. 5.º); *qualidade* (a prestação do serviço deve reger-se por elevados padrões de qualidade que considerem o nível de satisfação dos utentes³⁰ — cfr. art. 7.º). Um espectro tutelar

³⁰ Sublinhando que a falta quase generalizada de consequências na lei especial para a inobservância destes padrões levará à aplicação das regras de direito comum, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*Serviços Públicos...*, *cit.*) não hesita em afir-

que o art. 13.º remata com a consagração do *carácter injuntivo dos direitos* atribuídos aos utentes, determinando a *nullidade* de disposições convencionais que excluam ou limitem tais direitos, sem prejuízo da possibilidade de manutenção do contrato ferido se o utente assim o entender, e que o art. 14.º reforça com a *ressalva* de todas as disposições legais que concretamente se revelem mais favoráveis ao utente.

Se formos um pouco mais longe e, no quadro desta protecção generalizada de todos os utentes, destacarmos os *consumidores*, vemos que são estes, como se compreende, os melhor defendidos de eventuais consequências iníquas de uma execução contratual potencialmente desequilibrada. Alicerçando essa defesa, a Lei Fundamental portuguesa estabelece no seu art. 60.º/1 (integrante, note-se, do catálogo de direitos fundamentais, enquanto direito económico) que “os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos” — um direito fundamental articulado e desenvolvido na Lei de Defesa do Consumidor, que, depois de fazer impender sobre o Estado um dever geral de protecção dos consumidores “que pressupõe a intervenção legislativa e regulamentar adequada em todos os domínios envolvidos” (art. 1.º), e de considerar abrangidos no seu âmbito de aplicação designadamente os “serviços [...] prestados [...] por empresas concessionárias de serviços públicos” (art. 2.º/2), consagra no seu art. 16.º, à seme-

mar que “o fornecimento de serviços públicos essenciais em nível de qualidade inferior a um padrão elevado constitui cumprimento defeituoso, pelo qual o fornecedor é responsável, salvo se provar que a falta de qualidade lhe não é imputável” (pág. 135).

lhança da contemporânea Lei dos Serviços Públicos Essenciais e com formulação essencialmente idêntica, o carácter injuntivo dos direitos dos consumidores, determinando igualmente a nulidade de “qualquer convenção ou disposição contratual que exclua ou restrinja os direitos atribuídos pela presente lei”, sem prejuízo do previsto no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro³¹, e também da possibilidade da manutenção do contrato ferido se for essa a opção do consumidor.

A particular protecção dos utentes consumidores nota-se logo no art. 5.º/5 da Lei n.º 23/96, que aplica aos consumidores de serviços de comunicações electrónicas um regime de suspensão da prestação do serviço mais favorável relativamente aos demais utentes, aumentando a antecedência do pré-aviso em 10 dias, e também no seu art. 15.º/1, que impõe aos prestadores dos serviços a resolução arbitral dos litígios de consumo que venham a surgir se tal for a “opção expressa dos utentes que sejam pessoas singulares”, o que traz conhecidas vantagens ao consumidor, nomeadamente celeridade na resolução do litígio, a custos reduzidos ou mesmo sem custos³².

³¹ Diploma que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, algumas vezes alterado, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro.

³² Cfr. art. 10.º/3 da Lei n.º 144/2015, de 8 de Setembro, diploma que estabelece o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo.



III. A Tutela do Prestador do Serviço

Depois de uma necessária contextualização, chega a altura de identificar algumas das soluções previstas no ordenamento jurídico português que podem acudir ao prestador no exercício da sua actividade. Uma análise que começa por olhar a conveniência da técnica da contratação por adesão, percorrendo depois o terreno dos institutos clássicos do direito privado eventualmente prestáveis nesta matéria, passando seguidamente pela sinalização de outros instrumentos que o ordenamento oferece e que potencialmente auxiliam o prestador do serviço na prossecução dos seus interesses comerciais, e que termina com uma apreciação dos meios processuais de que o prestador pode lançar mão para, no limite, alcançar a satisfação do seu crédito.

1) *Contratação por Adesão*

A *contratação por adesão*, manifestação jurídica de uma vida económica³³ marcada pela velocidade e pela massificação das relações comerciais, impondo uma contratação igualmente rápida e eficiente, caracterizada tecnicamente

³³ Não resistimos a recorrer aqui ao famoso e sugestivo subtítulo “uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, utilizado por CARLOS MOTA PINTO num artigo sobre a matéria publicado em 1973.

pelo recurso às chamadas *cláusulas contratuais gerais*, apresentadas à consideração de todos os interessados (não exactamente ao debate, sem prejuízo de certas cláusulas especificamente acordadas entre as partes), constitui talvez a primeira linha de defesa de qualquer predisponente, categoria esta em que se inclui a generalidade dos prestadores de serviços públicos essenciais.

As vantagens para o predisponente são inúmeras e conhecidas, da celeridade que um modelo de “pegar ou largar”³⁴ traz à contratação e à sua multiplicação, ao eficaz acautelamento da posição contratual que o modelo permite, sobretudo tratando-se o aderente de outro empresário ou entidade equiparada, pelo facto de a esta relação contratual somente se aplicarem as proibições consagradas nos arts. 15.º a 19.º do regime das cláusulas contratuais gerais (v.g. cláusulas que excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou de culpa grave), e *não também* as constantes dos arts. 21.º e 22.º do mesmo regime (v.g. cláusulas que confirmam, de modo directo ou indirecto, a quem as predisponha, a faculdade exclusiva de verificar e estabelecer a qualidade das coisas ou serviços fornecidos), aplicáveis apenas quando o aderente é um consumidor.

A contratação por adesão permite assim ao *amplamente controlado* prestador do serviço público essencial *controlar* certos aspectos da execução do contrato, em ordem à sua própria protecção e ao restabelecimento (imagine-se) do

³⁴ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros: Direito Europeu e Português*, 2013, pág. 175.



equilíbrio contratual nesta fase. A título de exemplo, calculamos que para se precaver relativamente à prova do cumprimento da obrigação de advertência escrita do utente em caso de suspensão do serviço por mora, cujo ónus sobre ela recai (cfr. arts. 5.º/2 e 11.º/1 da Lei n.º 23/96) e que pode gerar discussão por força da falibilidade de muitos dos meios de comunicação habitualmente utilizados (v.g. a carta simples comporta um risco razoável de extravio), a EDP Comercial predispõe nas suas condições gerais de fornecimento de energia eléctrica e/ou gás natural a particulares³⁵ que cumprirá aquela obrigação por meio de “comunicação escrita, incluindo através de correio electrónico no caso de o Cliente o ter disponibilizado previamente” (EDP 6.5 — itálico nosso), garantindo desta forma que o aderente aceita a idoneidade deste meio de comunicação para o efeito, cuja prova eventualmente se bastaria com o relatório do envio sem ocorrência de erros da comunicação a que a obrigação se refere, como se do registo de uma carta se tratasse.

2) *Institutos Clássicos*

Instituto secular do direito civil, a *mora* é provavelmente a primeira construção jurídica em que se pensa (talvez a par da *exceptio non adimpleti contractus*) quando se consideram os desafios comerciais de uma relação contratual em que se vende uma coisa e/ou presta um serviço mediante o correspondente pagamento de um preço. De uma forma clara, o art. 804.º do Código Civil (doravante “CC”) prevê que “a simples mora cons-

³⁵ Descarregadas em www.edp.pt, em 03/01/2017, às 15:10h.

titui o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor”, ficando aquele, em regra, constituído em mora, acrescenta o art. 805.º/1 do mesmo Código, “depois de ter sido judicial ou extrajudicialmente interpelado para cumprir”. Assim, a partir do momento em que a factura é efectivamente entregue ao utente para pagamento do preço no prazo de, pelo menos, 10 dias úteis³⁶, fica aquele constituído em mora se tal prazo tiver decorrido sem que o pagamento tenha sido realizado, incorrendo, a partir desse momento, no pagamento dos correspondentes juros (cfr. art. 806.º/1 CC) — juros estes que, de harmonia com o art. 102.º/3.º e 4.º CCOM, terão a natureza de *juros comerciais*, à taxa supletiva actual de 7% (1.º semestre de 2017)³⁷.

A conversão da mora em incumprimento definitivo (v.g. por não ter sido realizada a prestação dentro do prazo razoável fixado pelo credor — cfr. art. 808.º/1 CC) é uma das situações

³⁶ Cfr. art. 10.º/3 da Lei n.º 23/96.

³⁷ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES (*Direito dos Contratos Comerciais*, 2014) defende que o regime dos juros comerciais deve aplicar-se no contexto de contratos bilateral ou unilateralmente comerciais, incluindo os celebrados com consumidores, embora admita que possa haver dúvidas relativamente a estes últimos por força do disposto no art. 2.º/2/a do Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro, que remete, quanto aos juros aplicáveis aos atrasos de pagamento em transacções comerciais, para o regime do Código Comercial, excluindo, todavia, os contratos celebrados com consumidores (pág. 237). O autor refere-se a um decreto-lei entretanto revogado (à excepção dos arts. 6.º e 8.º), mas o diploma que o revogou (o Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de Maio) mantém a referida exclusão do art. 2.º/2/a.

Dirigindo-se já ao vigente Decreto-Lei n.º 62/2013, JORGE MORAIS CARVALHO (*Limites das Taxas de Juro e Usura*, 2014) explica que este diploma mantém a exclusão do seu âmbito de aplicação dos contratos celebrados com consumidores, mas que, pelo facto de ter aditado um § 5.º ao art. 102.º do Código Comercial com regras próprias para o cálculo de juros moratórios respeitantes às transacções comerciais a que se aplica (o Decreto-Lei n.º 62/2013), tal significa que a disciplina desta matéria quanto às relações de consumo é a prevista no § 4.º do art. 102.º daquele Código (pág. 189, nota 13).



que faz entrar em equação a clássica exceção de não cumprimento do contrato, que confere a cada uma das partes num contrato bilateral que não preveja prazos diferentes para o cumprimento das prestações a faculdade de recusar a sua enquanto a outra parte “não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo” (art. 428.º/1 CC), o que decorre da sinalagmaticidade funcional do contrato bilateral, que traduz o nexo de reciprocidade que liga as prestações principais nele previstas. No que toca à nossa análise, tal permite ao prestador do serviço recusar a sua prestação enquanto o utente não realizar total ou parcialmente a que lhe cabe — mesmo nos casos do fornecimento de água, energia eléctrica ou gás natural, em que a simultaneidade do cumprimento não se verifica por força da diferente natureza das obrigações em causa (obrigação de cumprimento contínuo de fornecimento e obrigação periódica de pagamento do preço), a *exceptio* pode ser exercida pela parte que deva cumprir em segundo lugar (v.g. o prestador do serviço de fornecimento de energia eléctrica não pode deixar de cumprir primeiro, fornecendo durante um mês electricidade ao utente, mas poderá, se este não pagar o preço até ao limite do prazo previsto na interpelação admonitória, opor-lhe a exceção de não cumprimento do contrato até que ele cumpra)³⁸. É isto mesmo que prevê o art. 5.º da Lei n.º 23/96, disciplinando todavia o exercício do instituto em ordem à protecção do utente, nomeadamente através da imposição de uma antecedência mínima geral de 20 dias para a advertência escrita deste.

³⁸ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 2007, pág. 331, particularmente a nota 599. Ver também ADRIANO VAZ SERRA, *Excepção de Contrato Não Cumprido (Exceptio Non Adimpleti Contractus)*, 1957, págs. 21 e segs., particularmente a nota 10.

A prescrição é outro instituto tradicional do ordenamento jurídico-civilístico que, se imediatamente remete para um regime desfavorável ao credor (*dormientibus non succurrit jus*), não deixa de prever alguns aspectos que indirectamente o protegem, o que se verifica fundamentalmente por duas vias: por um lado, pela *necessidade de invocação* para que a prescrição opere (cfr. art. 303.º CC); por outro, pela *irrepetibilidade da prestação* realizada em cumprimento de uma obrigação prescrita (cfr. art. 304.º/2 CC). Assim, se tiverem passado seis meses sobre o momento em que o serviço foi prestado³⁹, o pagamento do preço continuará a ser devido enquanto obrigação civil⁴⁰, a não ser que o utente invoque a prescrição. E se o utente o pagar espontaneamente, ainda que por ignorância da prescrição ou para contrariar a suspensão da prestação do serviço⁴¹, o prestador verá o seu crédito validamente satisfeito, ou porque o devedor renunciou à prescrição (cfr. art. 302.º CC), ou pelo simples facto de a lei ainda considerar devida a prestação cujo cumprimento o devedor não recusou mediante a invocação da prescrição (cfr. art. 303.º do mesmo Código)⁴².

³⁹ Cfr. art. 10.º/1 da Lei n.º 23/96.

⁴⁰ Acompanhamos aqui MANUEL DE ANDRADE (*Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 1992), que sublinha que "de obrigação natural só pode falar-se depois de invocada a prescrição e absolvido por isso o devedor" (pág. 455). Ver também, a este propósito e do mesmo autor, *Teoria Geral das Obrigações*, 1966, pág. 91.

⁴¹ O "corte" corresponde ao exercício normal do direito que assiste ao prestador de fazer actuar a excepção de não cumprimento do contrato face à não realização da prestação correspondente, ainda exigível em razão da ineficácia da prescrição não invocada. Em sentido contrário, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual...*, cit., pág. 290.

⁴² Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume I, 1987, anotação ao art. 304.º, pág. 276.

A *cláusula penal* é outro dos institutos em que naturalmente se pensa quando se investigam as linhas defensivas do prestador do serviço, uma vez que lhe dá a possibilidade de fixar antecipadamente o montante a pagar pelo utente em caso de não cumprimento, cumprimento defeituoso ou mora deste (cfr. arts. 810.º e segs. CC), operando comumente na sua dimensão sancionatória, enquanto estímulo ao cumprimento. A espécie de cláusula penal em causa identifica-se por interpretação do contrato, podendo tratar-se de uma cláusula de fixação antecipada da indemnização (liquidação prévia do dano — cfr. art. 810.º/1 CC), de uma cláusula penal em sentido estrito (compulsão e substituição da indemnização) ou ainda de uma cláusula penal puramente compulsória (compulsão e acréscimo à indemnização apurada nos termos gerais)⁴³. É habitual, como já referimos, o seu uso como meio coercivo — legítimo, ao abrigo da liberdade contratual, e sindicável pelas regras dos arts. 810.º/2 e 812.º CC (acessoriedade da cláusula e redução por exorbitância) —, encontrando-se exemplos nas condições gerais propostas pelos prestadores de serviços públicos essenciais de cláusulas penais *puramente compulsórias* (v.g. “sem prejuízo [...] do direito da MEO a cobrar juros de mora [nos termos gerais], o incumprimento, pelo cliente e por motivos ao mesmo imputáveis, da obrigação de pagamento atempado de faturas, confere à MEO o direito a cobrar, por cada ocorrência, uma indemnização de valor até € 5 (cinco euros)” — MEO 4.8⁴⁴).

⁴³ Cfr. CARLOS MOTA PINTO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2012, págs. 589 e segs..

⁴⁴ Condições gerais de prestação de serviços de comunicações electrónicas descarregadas em www.meo.pt, em 03/01/2017, às 15:17h.

A *caução*, garantia especial das obrigações (cfr. arts. 623.º e segs. CC), foi sempre utilizada pelos prestadores de serviços públicos essenciais para acautelar o incumprimento, na medida em que lhes permitia, nestes casos, garantir a satisfação do seu crédito por recurso ao montante entregue a esse título pelo obrigado. Desde 1999, todavia, com fundamento na ideia de que os prestadores estariam a fazer um uso desvirtuado da caução, o legislador veio expressamente restringir a possibilidade da sua utilização no âmbito de contratos celebrados com utentes *consumidores* às «situações de restabelecimento de fornecimento, na sequência de interrupção decorrente de incumprimento contratual imputável ao consumidor» (art. 2.º/1 do Decreto-Lei n.º 195/99, de 8 de Junho⁴⁵). O disposto no art. 95.º do Regulamento n.º 416/2016 da ERSE⁴⁶ é um bom exemplo do regime actualmente permitido, estabelecendo o n.º 1 que “os comercializadores e os comercializadores de último recurso retalhistas podem exigir aos seus clientes a prestação de caução a seu favor, para garantir o cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de fornecimento de gás natural”, mas ressalvando logo o n.º 3 que “no caso dos clientes domésticos, [aqueles comercializadores] só têm o direito de exigir a prestação de caução nas situações de restabelecimento do fornecimento, na sequência de interrupção decorrente de incumprimento contratual imputável ao cliente».

⁴⁵ Diploma que estabelece o regime aplicável às cauções nos contratos de fornecimento aos consumidores dos serviços públicos essenciais previstos na Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, algumas vezes alterado, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 7/2016, de 22 de Fevereiro.

⁴⁶ Regulamento de Relações Comerciais do Setor do Gás Natural, editado pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos.

Por último, o *abuso do direito*. Não raras vezes o utente desenvolve expedientes que impedem o prestador do serviço de realizar as diligências normais da sua actividade, com o objectivo de se eximir ao cumprimento de obrigações. Isto acontece, desde logo, no âmbito dos contratos de fornecimento de água, energia eléctrica ou gás natural, quando o acesso dos técnicos competentes aos equipamentos de medição se torna impossível por causa imputável ao utente. Se, por exemplo, aquando da extinção do contrato, o utente impedir durante seis meses a medição do consumo realizado por si até ao momento em que a relação contratual terminou, não poderá mais tarde invocar a prescrição do direito do prestador do serviço ao recebimento do respectivo preço, pois tal consubstanciará, como claramente se percebe, abuso do direito de invocar a prescrição, já que a demora do prestador em exigir o pagamento se deve simplesmente à má fé evidenciada pelo utente (cfr. art. 334.º CC).

3) Outros Instrumentos

Alguns dos instrumentos que o ordenamento jurídico empresta à defesa do prestador do serviço no âmbito da sua actividade comercial surgem articulados no seio dos diferentes diplomas sectoriais.

O art. 52.º-A da Lei n.º 5/2004 admite a *resolução automática* do contrato de prestação do serviço de comunicações electrónicas celebrado com assinantes consumidores uma vez “findo o período de 30 dias de suspensão [consequência da fal-

ta de pagamento de valores constantes de facturas até ao fim de um prazo adicional previamente concedido para o efeito] sem que o consumidor tenha procedido ao pagamento da totalidade dos valores em dívida ou sem que tenha sido celebrado um acordo de pagamento por escrito" (n.º 7). Uma solução que, de certa forma, beneficia o consumidor, prevenindo a acumulação de dívidas que este venha a ter dificuldade em solver, mas que, por isso mesmo, protege também a entidade prestadora do serviço, desvinculando-a automaticamente de uma relação já claudicante e potencialmente geradora de litígios.

A possibilidade de uma *recusa de contratar* no âmbito da prestação do serviço de fornecimento de água, ainda que em condições apertadas, é defendida por CÁTIA RAMOS MENDES⁴⁷: argumenta a autora que, existindo uma obrigação de pagamento não cumprida mas ainda exigível pelo prestador do serviço a certo utente, esse prestador possa recusar-se a contratar com o mesmo utente caso ele mude de imóvel, sob pena de violação do princípio da igualdade, considerando a posição dos utentes cumpridores — possibilidade que a própria lei admite também nos casos em que um novo utente solicita a contratação do serviço para certo imóvel, sendo manifesto que tal apenas serve para o utente devedor ao abrigo do contrato anterior incidente sobre o mesmo imóvel evitar o cumprimento da obrigação de pagamento que sobre ele ainda impende (cfr. art. 63.º/7 do Decreto-Lei n.º 194/2009). Também quanto à prestação do serviço de comunicações electrónicas fora do âmbito do serviço universal se prevê que “as empresas que ofe-

⁴⁷ CÁTIA RAMOS MENDES, *O contrato de prestação de serviços de fornecimento de água*, 2015, pág. 34.

recem redes e serviços de comunicações electrónicas podem recusar a celebração de um contrato relativamente a um assinante que tenha quantias em dívida respeitantes a contratos anteriores celebrados com a mesma ou outra empresa, salvo se o assinante tiver invocado excepção de não cumprimento do contrato ou tiver reclamado ou impugnado a facturação apresentada" (art. 46.º/5 da Lei n.º 5/2004).

A chamada *cláusula de fidelização*, típica do sector das comunicações electrónicas, permite ao prestador exigir o pagamento de um montante que visa compensá-lo pelo prejuízo decorrente da diferença entre as vantagens patrimoniais que o utente teve na execução do contrato (v.g. desconto no preço a pagar mensalmente durante um ano) e os respectivos custos associados, no caso de o utente promover a cessação do contrato antes do fim do *período de fidelização* estipulado (normalmente vinte e quatro meses)⁴⁸. Este montante, cuja qualificação como *preço* ou *indenização* é questionada na doutrina⁴⁹, é habitualmente calculado por referência ao tempo que medeia entre o momento da cessação antecipada e o termo do período mínimo de vigência contratual estipulado, de acordo com o que estiver definido no contrato.

Uma dimensão importante da protecção do prestador do serviço diz respeito à *determinação do consumo associado a procedimento fraudulento*. Um aspecto que é tratado de

⁴⁸ A Lei das Comunicações Electrónicas refere-se a "encargos decorrentes da cessação antecipada do contrato durante o período de fidelização, por iniciativa do assinante, nomeadamente em consequência da recuperação de custos associados à subsidiação de equipamentos terminais, à instalação e ativação do serviço ou a outras condições promocionais" (art. 48.º/2/c).

⁴⁹ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual...*, cit., pág. 110.

forma exemplar pelo Decreto-Lei n.º 328/90, de 22 de Outubro⁵⁰, a propósito dos procedimentos susceptíveis de “falsear a medição da energia eléctrica consumida ou da potência tomada” (art. 1.º/1) no contexto dos respectivos contratos de fornecimento. Depois de no seu art. 1.º/2 determinar que “qualquer procedimento fraudulento detectado no recinto ou local exclusivamente servido por uma instalação de utilização de energia eléctrica *presume-se*, salvo prova em contrário, imputável ao respectivo consumidor” (itálico nosso), o diploma vem oferecer, no art. 6.º/1, orientações para a “determinação do valor do consumo irregularmente feito”, estabelecendo que devem ter-se em conta “todos os factos relevantes para a estimativa do consumo real durante o período em que o acto fraudulento se manteve, designadamente as características da instalação de utilização, o seu regime de funcionamento, as leituras antecedentes, se as houver, e as leituras posteriores, sempre que necessário” — um regime que permite ao prestador a satisfação possível do seu crédito perante uma situação deste tipo.

4) Meios Processuais

Nesta matéria, o único aspecto que distingue o prestador de serviços públicos essenciais do comum dos credores é a restrição imposta pela *arbitragem necessária* consagrada no art. 15.º/1 da Lei n.º 23/96, que limita, nas condições que a nor-

⁵⁰ Diploma que estabelece medidas tendentes a evitar o consumo fraudulento de energia eléctrica.

ma prevê, as possibilidades do prestador em sede de resolução de litígios de consumo⁵¹.

De resto, e como é sabido, o ordenamento jurídico atribui a qualquer credor o direito de, não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, “exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor” (art. 817.º CC), o que se opera pela chamada *acção creditória*, no quadro do princípio geral que determina que “pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora” (art. 601.º do mesmo Código).

Paralelamente, o Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro⁵², aprova o regime do chamado procedimento de *injunção*⁵³, procedimento especial que facilita a exigência do cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos de valor não superior a € 15.000,00 ou emergentes das transacções comerciais previstas no Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de Maio⁵⁴ (cfr. art. 7.º do regime anexo), particularmente por conferir ao *secretário de justiça* competente o poder de apor a fórmula executória ao requerimento apresentado pelo credor, que assim passa a valer como *título executivo*, se o requerido

⁵¹ Cfr. *supra*, II/4.

⁵² Diploma que aprova o regime dos procedimentos para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos de valor não superior à alçada do tribunal de 1.ª instância, várias vezes alterado, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro.

⁵³ Procedimento instituído pelo Decreto-Lei n.º 404/93, de 10 de Dezembro, que o Decreto-Lei n.º 269/98 revogou.

⁵⁴ O regime da injunção refere-se a “transacções comerciais abrangidas pelo Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro”, diploma este que, como foi já mencionado, o Decreto-Lei n.º 62/2013 revogou quase na totalidade. Cfr. *supra*, nota 37.

não deduzir oposição à pretensão no prazo máximo de 15 dias a contar da sua notificação (cfr. arts. 12.º/1 e 14.º/1 do mesmo regime). Uma solução que possibilita ao credor a obtenção de um título executivo “de forma célere e simplificada” (preâmbulo do revogado Decreto-Lei n.º 404/93, de 10 de Dezembro).

De notar, todavia, que o prazo de que o prestador do serviço dispõe para propor a acção ou a injunção é de apenas seis meses, a contar da prestação do serviço ou do recebimento de pagamento inicial inferior ao que corresponde ao consumo efectuado (cfr. art. 10.º/4 da Lei n.º 23/96), prazo este que se suspende na pendência de procedimento de resolução extrajudicial do conflito (cfr. art. 15.º/2 do mesmo diploma).

IV. Conclusões

Tendo este estudo procedido a uma análise meramente ilustrativa dos instrumentos jurídicos que servem a defesa do prestador de serviços públicos essenciais no quadro da sua relação contratual com o utente, não poderá propriamente *concluir-se* pela constatação de um desequilíbrio ou de um reequilíbrio de forças entre as partes. Tal só seria possível, ainda que com algum risco, numa avaliação mais completa que comparasse ponto por ponto os potenciais problemas e as soluções previstas pelo ordenamento jurídico para o amparo de cada um dos contratantes.

Tradicionalmente, como foi referido, o desequilíbrio era claro em desfavor do utente, sobretudo se de um consumidor se tratasse, fruto da menor preparação negocial deste, da sua

falta de informação e da dependência decorrente da essencialidade do serviço. Consciente disso mesmo, o legislador foi prevenido sucessivas formas de o proteger nas suas fragilidades, consagrando, entre outros, o regime da Lei n.º 23/96.

Actualmente, em consequência desse esforço legislativo, parece-nos que a relação, na pior das hipóteses, ter-se-á *equilibrado*, ao menos no *plano jurídico*. Existe hoje uma clara protecção do utente, assumida expressamente pela Lei dos Serviços Públicos Essenciais, em parte por ela regulada e tratada quanto aos demais aspectos pelos vários diplomas sectoriais, a que acrescem, no caso dos utentes consumidores, os princípios e normas próprios do direito do consumo.

Neste cenário, o prestador do serviço, conservando embora a posição privilegiada que resulta particularmente da natureza essencial do serviço que presta, vê a liberdade de movimentos de que tradicionalmente dispunha limitada por todas as regras consagradas em ordem à protecção da outra parte. E parece-nos, pelo menos em face da pequena amostra que esta investigação apresenta, que, à excepção dos mecanismos gerais que o protegem, no fundo, como protegem qualquer credor, e de algumas soluções particulares, a *contratação por adesão* subsistirá como a sua grande ferramenta defensiva, permitindo-lhe predispor a seu favor, acautelar a sua posição no contrato e contratar em relativa segurança com os milhares de utentes com quem está obrigado a fazê-lo, prevenindo assim, nos limites impostos por lei, um desfecho menos favorável de potenciais milhares de conflitos de interesses.

Bibliografia

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de — *Curso de Direito Comercial*, Volume I. 9.ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, 2014.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de — *Serviços Públicos, Contratos Privados*. In *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colação*, Volume II. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. Págs. 117-143.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de — *Teoria Geral das Obrigações*. 3.ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1966.
- *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II. 7.ª Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- ANTUNES, José A. Engrácia — *Direito dos Contratos Comerciais*. 3.ª Reimpressão da edição de Outubro de 2009. Coimbra: Edições Almedina, 2014.
- BARBOSA, Mafalda Miranda — *Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Carácter Exemplificativo do artigo 1.º, n.º 2 da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho?*. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo. N.º 6 (2004), págs. 401-434.
- BRONZE, Fernando José — *Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica*. In BRONZE, Fernando José — *Analogias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Págs. 9-29.
- CALAIS-AULOY, Jean; TEMPLE, Henri — *Droit de la consommation*. 8^e Édition. Paris: Dalloz, 2010.
- CARDOSO, Elionora — *Os Serviços Públicos Essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.



- CARVALHO, Jorge Morais — Limites das Taxas de Juro e Usura. In *Direito do Consumo* [Livro Electrónico]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2014. Págs. 186-203.
- *Manual de Direito do Consumo*. 3.ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, 2016.
- CORREIA, A. Ferrer — *Lições de Direito Comercial*, Vol. I. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1973.
- ERSAR — *Relatório Anual dos Serviços de Águas e Resíduos em Portugal (2016): Volume 1 — Caracterização do setor de águas e resíduos*. Lisboa: Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, 2016.
- GONÇALVES, Pedro — *A Concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes — Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador. In *Estudos de Regulação Pública — I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. Págs. 173-317.
- GOUVEIA, Rodrigo — *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- LIMA, Pires de; VARELA, Antunes — *Código Civil Anotado*, Volume I. 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.
- MAÇÃS, Fernanda — São os municípios utentes de serviços públicos essenciais?. *Direito Regional e Local*. Braga: Centro de Estudos Jurídicos do Minho. N.º 04 (2008), págs. 5-11.
- MENDES, Cátia Sofia Ramos — *O contrato de prestação de serviços de fornecimento de água; sob a orientação de Jorge Morais Carvalho*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2015. Dissertação de Mestrado.
- MONTEIRO, António Pinto — A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo. N.º 2 (2000), págs. 333-350.

- PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota — *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz — Excepção de Contrato Não Cumprido (Exceptio Non Adimpleti Contractus). *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa: Ministério da Justiça. N.º 67 (1957), págs. 17-181.
- SILVA, João Calvão da — *Banca, Bolsa e Seguros: Direito Europeu e Português*. 4.ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, 2013.
- *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. Reimpressão da 4.ª Edição de Abril de 2002. Coimbra: Edições Almedina, 2007.



A TUTELA DOS CONSUMIDORES NAS PUBLICIDADES ENGANOSAS

Ka Long Lok

1. A introdução

Como sentiu a necessidade da protecção do consumidor em matéria da publicidade, o legislador veio a estabelecer o respectivo regime no Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro.

Contudo, no que diz respeito à publicidade enganosa e à publicidade comparativa, quando os destinatários sejam os consumidores, não se aplicará o regime do Código da Publicidade (CPub), mas sim o regime de práticas comerciais desleais (RPCD), estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março. Daí a dualidade do regime relativo à publicidade enganosa e comparativa (art. 43.º do CPub).

Mas o art. 43.º do CPub não nos diz qual o regime da tutela a aplicar aos consumidores: o art. 30.º do CPub ou os arts. 14.º e 15.º do RPCD? Se concluirmos pela aplicação dos arts. 14.º e 15.º do RPCD, já teremos de determinar quem será o responsável pelos danos causados ao consumidor. Isto implica outro problema, que é saber a quem podemos imputar a mensagem publicitária, isto é, em que medida podemos dizer que uma pessoa é autor da mensagem publicitária em causa, porque, por um lado, o profissional goza de autonomia na con-

cepção, na criação e na produção da publicidade; por outro lado, o anunciante, em regra, “ratifica” a obra da publicidade (art. 1218.º do Código Civil)¹. O art. 30.º do CPub já não coloca este problema, porque estabelece uma responsabilidade civil solidária entre todos os intervenientes na actividade publicitária.

É também importante saber se o regime da anulabilidade previsto no art. 14.º do RPCD é distinto do regime geral da anulabilidade previsto no art. 287.º do Código Civil.

Quanto à publicidade testemunhal, com o surgimento dos chamados *Youtubers*, que fazem apresentações de produtos e comentários sobre estes, torna-se difícil distinguir a publicidade testemunhal das informações ou recomendações, porque acontece que a relação contratual de publicidade entre o *youtuber* e o anunciante se encontre oculta, o que é incompatível com o princípio da identificabilidade da publicidade. A determinação da existência da publicidade testemunhal é relevante para a protecção dos consumidores, porque, por um lado, da sua existência depende a aplicação do RPCD; por outro lado, as informações ou recomendações em regra não responsabilizam quem os dá (art. 485.º do Código Civil).

O nosso trabalho pretende analisar o regime aplicável à protecção dos consumidores em matéria da publicidade enganosa.

¹ O contrato de criação, em regra, é um contrato de empreitada. PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, p. 144.

2. A publicidade

Estamos a viver num mundo industrializado e o mercado torna-se cada vez mais globalizado devido ao progresso tecnológico. Neste contexto, testemunha-se que as empresas procedem à produção em massa, visando conquistar todos os cantos do mundo através dos seus produtos.

Hoje em dia, para vender produtos, não basta que as empresas produzam produtos de excelente qualidade. É preciso ainda os consumidores terem conhecimento da existência e da excelência dos seus produtos. Isto é, é crucial atrair os consumidores e chamar a atenção destes aos seus produtos.

A publicidade é sem dúvidas o meio adequado a informar os consumidores e estimular o seu desejo de consumo. A publicidade, por um lado, visa informar os consumidores das qualidades do produto ou serviço; por outro lado, tem como finalidade persuadir os consumidores a comprar o produto ou serviço. Trata-se da função informativa e da função persuasiva da publicidade².

CALVÃO DA SILVA salienta mais uma função da publicidade – a função distintiva³. A publicidade destina-se também a destacar a empresa anunciante dos seus concorrentes.

² ANDREIA RODRIGUES COSTA, "O Regime Jurídico da Publicidade: a (Des)protecção dos Consumidores?", p. 12. (O texto está disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17263/1/tese%20de%20mestrado%20doc.%20final.pdf>); e PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, p. 25.

³ CALVÃO DA SILVA, "A Publicidade na Formação do Contrato", *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. II, p. 688.

Foi esta influência que a publicidade exerce na decisão de transacção do consumidor que levou o legislador a regular a matéria da publicidade.

2.1 O conceito jurídico da publicidade

Segundo o art. 3.º/1 do CPub, a publicidade é definida como “*qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de: a) Promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços; b) Promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições*”.

Antes de mais, a publicidade é *qualquer forma de comunicação*. Isto significa que não interessam nem o conteúdo nem o suporte da mensagem⁴. O conteúdo e o suporte da mensagem podem ser inadequados aos fins promocionais.

Em segundo lugar, qualquer pessoa pode ser autor da publicidade. Pode ser uma entidade pública ou privada, singular ou colectiva⁵.

⁴ PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, p. 7; CALVÃO DA SILVA, “A Publicidade na Formação do Contrato”, p. 689; RUI MOREIRA CHAVES, *Código da Publicidade Anotado*, p. 21; e MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, “O Conceito de Publicidade Enganosa”, *Separata de: Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, 2007, p. 676 e 677.

⁵ PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, p. 8 e 9; RUI MOREIRA CHAVES, *Código da Publicidade Anotado*, p. 21; e MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, “O Conceito de Publicidade Enganosa”, p. 677.



Em terceiro lugar, o destinatário da publicidade pode ser também qualquer pessoa, seja consumidor seja não⁶. O regime da publicidade não visa só proteger os interesses dos consumidores, mas também os interesses dos concorrentes comerciais⁷.

Em quarto lugar, a publicidade deve ser uma comunicação promocional ligada a uma actividade económica, isto é, deve ser feita “no âmbito de actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal” do anunciante⁸.

Em último lugar, a publicidade deve ter como objectivo directo ou indirecto a promoção da comercialização ou alienação de bens ou serviços ou de ideias, princípios, iniciativas ou instituições. Este objectivo promocional é essencial para a delimitação do conceito jurídico da publicidade⁹.

⁶ PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, p. 10; e MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, “O Conceito de Publicidade Enganosa”, p. 677 e 678.

⁷ V. os preâmbulos do CPub e do RPCD e o memorando n.º 8 da Directiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio. Sobre a finalidade da proibição da publicidade enganosa, v. MANUEL NOGUEIRA SERENS, “A Proibição da Publicidade Enganosa: Defesa dos Consumidores ou Protecção (de alguns) dos Concorrentes?”, *Separata do Boletim de Ciências Económicas*, Vol. XXXVII., 1994 (este autor considera que, “através da proibição da publicidade enganosa, a tutela dos interesses dos consumidores não é senão reflexo da necessidade de defender o interesse típico dos empresários” (p. 21)); e PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, p. 69. V. também o Ac. de 12 de Maio de 2016 do Tribunal da Relação de Lisboa, em que o Tribunal afirma que “o direito da publicidade tem como escopo primeiro a defesa do consumidor, embora em certos casos, ou reflexamente – como na publicidade comparativa – vise também a protecção dos concorrentes”.

⁸ PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, p. 9 e 10; CALVÃO DA SILVA, “A Publicidade na Formação do Contrato”, p. 689; e RUI MOREIRA CHAVES, *Código da Publicidade Anotado*, p. 21.

⁹ PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, p. 10 e 11; CALVÃO DA SILVA, “A Publicidade na Formação do Contrato”, p. 689; RUI MOREIRA CHAVES, *Código da Publicidade Anotado*, p. 22; e MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, “O Conceito de Publicidade Enganosa”, p. 677.

2.2 Os princípios que regem a publicidade

Segundo o art. 6.º do CPub, a publicidade é disciplinada por quatro princípios, a saber: o princípio da licitude, o princípio da identificabilidade, o princípio da veracidade e o princípio do respeito pelos direitos do consumidor. De facto, o n.º 4 do art. 7.º da Lei da Defesa do Consumidor (LDC), aprovada pela Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, refere-se também a estes quatro princípios da publicidade, ao dispor que “[a] publicidade deve ser lícita, inequivocamente identificada e respeitar a verdade e os direitos dos consumidores”.

Como o nosso trabalho presente visa apenas analisar a tutela do consumidor nas publicidades enganosas, focaremos apenas o princípio da veracidade.

O art. 10.º do CPub consagrou o princípio da veracidade da publicidade, prescrevendo que a publicidade deve respeitar a verdade e não deforma os factos. Aliás, as afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados devem ser exactas e comprováveis perante as instâncias competentes (n.º 2 do art. 10.º do CPub). Isto é, os anunciantes devem estar em condições de comprovar as afirmações por eles feitas perante as autoridades¹⁰.

A proibição da publicidade enganosa, prevista no art. 11.º do CPub, revela-se como uma concretização deste prin-

¹⁰ PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, p. 71.



cípio. A publicidade enganosa viola o direito do consumidor à informação, que é um direito fundamental constitucionalmente protegido (art. 60.º/1 da Constituição) e legalmente desenvolvido nos arts. 7.º e 8.º da LDC. A publicidade enganosa constitui uma grave ofensa ao consumidor, porque viola o direito à informação e a vulnerabilidade especial dos consumidores deve-se à assimetria de informação em relação aos profissionais¹¹.

É esta ofensa da publicidade enganosa ao consumidor que levou o legislador a regular especificamente a publicidade enganosa.

3. A protecção do consumidor nas publicidades enganosas

Até 2008, o regime aplicável às publicidades enganosas era previsto no então CPub, que continha o conceito da publicidade enganosa e as sanções aplicáveis (os arts. 11.º, 30.º e 34.º e ss). O regime relativo às publicidades enganosas era aplicável tanto às relações entre profissionais (B2B) como às relações com consumidores (B2C). Tratava-se de um regime jurídico unitário da publicidade enganosa.

3.1 O problema do regime dualista

Todavia, em 2008, estabeleceu-se o regime das práticas comerciais desleais (RPCD) nas relações com os consumidores,

¹¹ V. PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, p. 70.

consagrado no Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Maio, que visa transpor para a ordem interna a Directiva n.º 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio.

O referido Decreto-Lei introduziu umas alterações relevantes ao Código da Publicidade na matéria da publicidade enganosa e acrescentou duas normas importantíssimas no final deste Código.

O art. 11.º do CPub passou a remeter-se ao RPCD, deixando de definir o conceito da publicidade enganosa, que, sendo considerada uma forma de práticas comerciais, temos de apurar no âmbito destas. O conteúdo do art. 11.º do CPub fica assim esvaziado e absorvido pelos arts. 7.º, 8.º e 9.º do RPCD. Esta alteração legislativa, sem dúvidas, merece o nosso desacordo¹².

Não vemos nenhuma razão que justifique a remissão do art. 11.º do CPub actual ao RPCD a propósito de delimitar o conceito da publicidade enganosa. Antes de mais, o Código da Publicidade, sendo um código legislativo, que deve consagrar um sistema jurídico relativamente estável e auto-suficiente, devia evitar remissões a outros diplomas. É verdade que o Código Civil (CC) também faz remissões a outros diplomas em certas matérias, por exemplo, a propósito do contrato de trabalho (art. 1153.º do CC), dos direitos do autor e da propriedade industrial (art. 1303.º do CC). Mas estas remissões a que o Código Civil procede respeitam a matérias específicas que merecem regulamentações legislativas especiais, enquanto a remissão do art. 11.º do CPub actual é uma remissão a uma legislação que regula uma matéria mais geral. O objecto da regulamentação

¹² No mesmo sentido, ANDREIA RODRIGUES COSTA, "O Regime Jurídico da Publicidade: a (Des)protecção dos Consumidores?", p. 21.



do CPub é a publicidade e o do RPCD é a prática comercial desleal. Sendo a publicidade uma forma de práticas comerciais desleais, não compreendemos porque o art. 11.º do CPub actual faz uma remissão de uma matéria específica (a publicidade) a uma matéria geral (prática comercial desleal).

Para além disso, o art. 43.º do CPub actual veio a limitar o âmbito de aplicabilidade dos arts. 10.º, 11.º e 16.º do CPub às relações B2B, ao dispor que estas normas apenas se aplicam “à publicidade que não tenha como destinatários os consumidores”. O art. 43.º do CPub actual, por isso, desempenha um papel crucial no regime da protecção dos consumidores das publicidades enganosas. O art. 43.º afasta a aplicabilidade do regime do Código da Publicidade aos consumidores. Isto significa que teremos de encontrar o regime da protecção dos consumidores na matéria da publicidade em outro sítio. Daí a dualidade do regime da publicidade enganosa: um regime aplicável às relações B2B e o outro aplicável às relações B2C.

Resta saber onde está previsto o regime jurídico da protecção dos consumidores na matéria da publicidade. O legislador não previu um regime jurídico especial da protecção dos consumidores na matéria da publicidade, antes integra-o no regime das práticas comerciais desleais das empresas nas relações com consumidores (RPCD), estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 57/2008. Isto é, o legislador não autonomizou a regulamentação da publicidade na matéria da protecção dos consumidores, limitando-se a discipliná-la junto da protecção geral dos consumidores perante as práticas comerciais desleais. Trata-se do referido regime dualista da publicidade enganosa: o regime aplicável às relações B2B é o Código da Publicidade, enquanto

o regime aplicável aos consumidores é o RPCD, estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 57/2008.

Este tratamento separado da publicidade, a nosso ver, acabou por esvaziar o conteúdo do Código da Publicidade, limitando a aplicação deste às relações profissionais.

Além disso, a formulação legislativa do art. 43.º revela-se infeliz. Por um lado, limita-se a dizer que os arts. 10.º, 11.º e 16.º do CPub só se aplicam às relações B2B, em vez de remeter expressamente o regime da protecção dos consumidores na matéria da publicidade para o RPCD; por outro lado, quanto às sanções aplicáveis aos responsáveis pelas publicidades proibidas, o art. 43.º não esclarece qual o regime a aplicar aos consumidores. Sendo o Código da Publicidade uma legislação específica da publicidade, é provável os intérpretes terem uma convicção de que os meios de defesa dos consumidores na matéria da publicidade se encontrem no Código da Publicidade, mais precisamente, nos seus arts. 30.º, 34.º e ss.

Contudo, devido ao facto de a intenção do art. 43.º do CPub ser remeter a protecção dos consumidores das publicidades enganosas para o RPCD, julgamos que os meios de defesa dos consumidores na matéria da publicidade são aqueles previstos nos arts. 14.º, 15.º e 16.º do RPCD. Este entendimento parece-nos mais coerente e lógico, na medida em que o Decreto-Lei n.º 57/2008 pretende proteger os consumidores de todas as práticas comerciais desleais, incluindo a publicidade.

3.2 O conceito da publicidade enganosa

Como vimos, o conceito da publicidade enganosa passou a ser consagrado nos arts. 7.º e 8.º do RPCD, que esvaziaram o conteúdo do art. 11.º do CPub. A partir de 2008, delimita-se o conceito da publicidade enganosa com base no conceito das práticas comerciais enganosas.

Há cinco ideias essenciais a reter para a delimitação do conceito da publicidade enganosa.

Em primeiro lugar, como a letra do art. 7.º do RPCD diz, a publicidade que não contenha informações falsas pode ser enganosa. O carácter enganoso de uma publicidade pode resultar, por exemplo, da sua apresentação geral.

De seguida, para a publicidade ser enganosa, o destinatário não tem de ser *efectivamente* enganado. Basta o destinatário da publicidade pode ser enganado. Isto é, é suficiente a mera aptidão ou susceptibilidade de indução em erro¹³.

Em terceiro lugar, não é necessário existir a intenção de enganar do anunciante (*animus decipiendi*)¹⁴.

Em quarto lugar, exige-se que a publicidade tenha a

¹³ PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, p. 73; e MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, "O Conceito de Publicidade Enganosa", p. 688. O Tribunal de Justiça da União Europeia, todavia, exige ainda um risco suficientemente grave e sério de engano do destinatário (V. MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, "O Conceito de Publicidade Enganosa", p. 688, nota 51.).

¹⁴ PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, p. 73; e MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, "O Conceito de Publicidade Enganosa", p. 692.

aptidão para influenciar o comportamento económico dos destinatários. Como MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO reconhece, se a publicidade não exercer nenhuma influência sobre o comportamento económico do destinatário, não há qualquer interesse merecedor de protecção jurídica¹⁵. Por «influência do comportamento económico dos destinatários» deve entender-se, segundo a alínea e) do art. 3.º do RPCD, a aptidão para “*distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores*”, isto é, a aptidão para prejudicar sensivelmente a capacidade do consumidor de tomar uma decisão esclarecida e para conduzi-lo, por conseguinte, a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo.

Finalmente, a verificação de um prejuízo económico no destinatário não faz parte da definição de publicidade enganosa¹⁶.

Em suma, a publicidade enganosa é aquela que tenha a aptidão para induzir o destinatário em erro e para influenciar a sua conduta económica.

Quanto ao padrão de apreciação do carácter enganoso da publicidade, o RPCD determina, no n.º 2 do seu art. 5.º, que é o do consumidor médio, em vez da perspectiva do consumidor concreto¹⁷. Esta opção legislativa tem vindo a ser objecto de críticas, porque se considera que deixou prejudicados os consumidores de certos tipos, por exemplo, as crianças e os idosos¹⁸. Mas

¹⁵ MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, “O Conceito de Publicidade Enganosa”, p. 690.

¹⁶ MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, “O Conceito de Publicidade Enganosa”, p. 692.

¹⁷ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, p. 74.

¹⁸ LUÍS MENEZES LEITÃO, “As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 71, 2011, p. 427.

se virmos melhor as coisas, esta crítica não vingará, porque o art. 6.º do RPCD, na sua alínea a), previu uma protecção acrescida aos consumidores especialmente vulneráveis em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade¹⁹. Perguntar-se-ão, todavia, se os consumidores especialmente vulneráveis fora dos casos previstos no art. 6.º do RPCD, por exemplo, os analfabetos, serão abrangidos na alínea a) do art. 6.º do RPCD? Julgamos que todos os consumidores especialmente vulneráveis mereçam a mesma protecção. Esta protecção poderá ser alcançada, se não através da interpretação extensiva da alínea a) do art. 6.º do RPCD, mediante a aplicação por analogia desta norma, com base no princípio da igualdade.

O facto de o critério geral do carácter enganoso da publicidade ser determinado pelo consumidor médio (n.º 2 do art. 5.º do RPCD) levantou outro problema, que é o de saber qual o conceito da publicidade enganosa deverá ser aplicado nas relações entre profissionais (B2B). O problema levantou-se porque, por um lado, o art. 43.º do CPub dispõe que o art. 11.º do CPub, relativo à publicidade enganosa, só se aplica à “publicidade que não tenha como destinatários os consumidores”, por outro, este art. 11.º faz ao conceito da publicidade enganosa uma remissão para o RPCD, que, todavia, define a publicidade enganosa com base no conceito do consumidor. Esta referência do conceito da publicidade enganosa ao conceito do consumidor (n.º 1 do art. 7.º do RPCD) impedirá claramente a sua aplicação às relações B2B. A versão original do RPCD falhou neste ponto, deixando ficar uma “lacuna legislativa” no que respeita ao conceito da publi-

¹⁹ LUÍS MENEZES LEITÃO, “As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo”, p. 428 e 429.

cidade enganosa aplicável às relações entre profissionais. Felizmente, o Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23 de Setembro corrigiu esta "lacuna", com a introdução de uma norma no art. 7.º do RPCD – o actual n.º 3, que dispõe que *"nas relações entre empresas é enganosa a prática comercial que contenha informação falsa ou que, mesmo sendo factualmente correta, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro em relação aos elementos identificados nas alíneas a) a d) e f) do n.º 1"*.

Quanto ao ónus da prova sobre o carácter enganoso da publicidade, que, segundo a regra geral (art. 342.º do CC), incide sobre o destinatário, o tribunal e as autoridades administrativas competentes podem, nos termos do art. 22.º do RPCD, determinar a inversão do ónus da prova, exigindo aos profissionais provas de exactidão material dos dados de facto contidos na publicidade em causa, se, atendendo aos interesses legítimos do profissional e de qualquer outra parte no processo, tal exigência for adequada às circunstâncias do caso. Trata-se, a nosso ver, de uma consequência da tendência da flexibilidade do ónus da prova, que foi consagrada no art. 373.º, § 1.º do Código de Processo Civil do Brasil. Esta teoria dinâmica de distribuição do ónus da prova, sem dúvidas, constitui mais uma protecção do consumidor na matéria probatória no processo.

3.3 A anulabilidade do contrato nos termos do art. 14.º do RPCD

O art. 14.º do RPCD dispõe, no seu n.º 1, que *"[os] contratos celebrados sob a influência de alguma prática comer-*

cial desleal são anuláveis a pedido do consumidor, nos termos do artigo 287.º do Código Civil". A anulabilidade dos contratos celebrados, sem dúvidas, é o remédio mais eficaz para os consumidores influenciados pelas práticas comerciais desleais, porque, normalmente, depois de se aperceber de ter sido enganado pela publicidade sobre o produto ou o serviço adquirido, o que o consumidor mais pretender é desvincular-se do contrato, prescindindo do produto ou do serviço adquirido e reavendo o montante pecuniário prestado.

O problema aqui se coloca é saber se a anulabilidade consagrada no n.º 1 do art. 14.º do RPCD seguirá o regime geral da anulabilidade previsto no art. 287.º do CC. Parece-nos decisiva a correcta interpretação do termo «sob a influência de alguma prática comercial desleal» e da referência aos «termos do art. 287.º do Código Civil».

Se entendermos que o n.º 1 do art. 14.º do RPCD segue o regime geral da anulabilidade do contrato celebrado sob dolo (arts. 253.º, 254.º e 287.º do CC), os consumidores não ficarão mais protegidos do que qualquer outro sujeito enganado pelas publicidades enganosas. O art. 14.º/1 do RPCD será uma mera referência ao regime geral da anulabilidade, e por isso, não terá qualquer utilidade própria, isto é, será totalmente indiferente a existência do art. 14.º/1 do RPCD.

Não cremos ser essa a intenção do legislador.

Será razoável afirmar-se que o n.º 1 do art. 14.º do RPCD deva ser interpretado no sentido de que bastará o consumidor provar que a publicidade seja enganosa para pedir a anulação do contrato celebrado? Sem qualquer margem de dúvida, esta interpretação revelar-se-á muito favorável para os

consumidores, visto que, para efeito da anulação do contrato celebrado, o consumidor interessado apenas terá de mostrar que a publicidade seja enganosa²⁰. Contudo, a Directiva n.º 2005/29/CE, transposta pelo RPCD no ordenamento jurídico português, visa alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores e o bom funcionamento do mercado interno (art. 1.º da referida directiva) e dispõe, no seu art. 13.º, que as sanções aplicáveis “*devem ser efectivas, proporcionais e dissuasivas*” (sublinhado nosso). Não nos parece proporcional esta interpretação proposta, porque, se bastar o consumidor interessado exibir a aptidão da publicidade em causa para induzir em erro os destinatários e a sua susceptibilidade de influenciar o comportamento económico dos mesmos, os contratos celebrados serão anuláveis mesmo que a vontade negocial do consumidor nunca tenha sido efectivamente influenciada pela publicidade em causa. Daí, o interesse do consumidor será excessivamente protegido, à custa de todos os interesses das empresas, o que prejudicará as iniciativas comerciais. E como vimos, se a publicidade não exercer nenhuma influência sobre o comportamento económico do destinatário, não há qualquer interesse merecedor de protecção jurídica²¹.

Então, como devemos interpretar o n.º 1 do art. 14.º do RPCD, ou seja, qual vantagem terá o legislador pretendido atribuir aos consumidores em termos da anulação do contrato

²⁰ A este propósito, cumpre-nos recordar o conceito da publicidade enganosa, que, podendo não induzir efectivamente o consumidor em erro e não influenciar em concreto a sua decisão negocial, se limita a ser *susceptível* de induzi-lo em erro e de conduzir a sua conduta económica (art. 7.º do RPCD).

²¹ MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, “O Conceito de Publicidade Enganosa”, p. 690.



enquanto um meio de protecção dos consumidores? Na nossa opinião, para a anulação do contrato celebrado sob a influência da publicidade enganosa, o consumidor influenciado tem de ter sido enganado pela publicidade enganosa em causa, *mas basta-lhe provar que tenha celebrado o contrato que não teria celebrado ou que teria igualmente celebrado, mas em termos diferentes, sem a influência da publicidade enganosa* (por exemplo, teria comprado o produto objecto da publicidade enganosa a um preço mais baixo do que o convencional). Ou seja, mesmo que a publicidade enganosa constitua um dolo ilícito nos termos do art. 253.º do CC, o consumidor não terá de provar a *essencialidade* do dolo²², ao contrário do que se exige segundo o regime do CC²³. Esta diferença probatória, segundo cremos, é a vantagem atribuída pelo legislador aos consumidores no n.º 1 do art. 14.º do RPCD.

Em suma, o art. 14.º/1 do RPCD deve ser interpretado no sentido de que, para anular o contrato celebrado sob a influência da publicidade enganosa, cabe ao consumidor provar que tenha sido influenciado pelo carácter enganosa da publicidade em causa e, conseqüentemente, tenha alterado a sua vontade negocial. A referência aos «termos do art. 287.º do Código Civil» é apenas para efeitos da legitimidade e do prazo para pedir a anulação do contrato²⁴.

²² No sentido de a anulação do contrato com base no art. 254.º do CC exigir a essencialidade do dolo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Janeiro de 2005.

²³ Cfr. SANDRA PASSINHAS, "O Caso VOLKSWAGEN – A Protecção do Comprador", in *Revista de Direito Comercial*, 2017, disponível em www.revistadedireitocomercial.com, p. 42.

²⁴ LUÍS MENEZES LEITÃO, "As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo", p. 443 e 444.

O art. 14.º/2 do RPCD faculta ao consumidor requerer a manutenção do contrato celebrado sob a influência da publicidade enganosa, em vez da anulação. O consumidor, neste caso, poderá exigir a modificação do contrato segundo juízos de equidade. Esta faculdade de requerer a modificação do contrato em vez da anulação também existe nos negócios usuários (art. 283.º/1 do CC). Será que o legislador pretende equiparar os contratos celebrados sob a influência de alguma prática comercial desleal aos negócios usuários, na medida em que considera que o profissional, através de uma prática comercial desleal, explorando a vulnerabilidade e a inexperiência do consumidor, obtenha a decisão negocial deste? Julgamos que não. A usura prevista no Código Civil, e até a usura prevista no Código Penal, implicam a exploração de uma característica específica da vítima concreta, enquanto a publicidade enganosa, em geral, se cinge a aproveitar a característica geral de todos os consumidores – a inexperiência e a falta de informação. Claro que não negamos *a priori* que a publicidade enganosa poderá ser subsumida ao conceito da usura quando se destina a explorar certa característica particular do consumidor concreto.

O art. 14.º/3 do RPCD visa salvaguardar o contrato celebrado sob a influência da publicidade enganosa, quando a invalidade só atinge uma ou mais cláusulas do contrato. O consumidor poderá optar pela manutenção do contrato assim celebrado, mas reduzido ao seu conteúdo válido.

3.4 A responsabilidade civil nos termos gerais

O art. 15.º do RPCD dispõe que “[o] consumidor lesado por efeito de alguma prática comercial desleal proibida nos termos do presente decreto-lei é ressarcido nos termos gerais”. No entender de FRANCISCO LUÍS ALVES, a propósito dos contratos de seguro, a norma referida circunscreve-se a reproduzir o regime geral do Código Civil. Considera que, se houver anulação do contrato com base no n.1 do art. 14.º do RPCD, haverá lugar à indemnização do interesse contratual negativo; se não houver anulação, haverá lugar à indemnização do interesse contratual positivo²⁵. Trata-se de uma responsabilidade pré-contratual baseada na confiança do consumidor na verdade do conteúdo da publicidade²⁶.

Para além da responsabilidade pré-contratual fundada na invalidade do contrato, poderá ainda existir responsabilidade pré-contratual causada pela não conclusão do contrato devido à ruptura de negociações. Esta situação acontece

²⁵ FRANCISCO LUÍS ALVES, *Direito dos Seguros – Cessação do Contrato. Práticas Comerciais*, p. 220; e LUÍS MENEZES LEITÃO, “As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo”, p. 443 e 444. V. também, o Acórdão de 16 de Abril de 2013, do Tribunal da Relação do Porto.

²⁶ V. PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, p. 1170 a 1197. O insigne jurista conclui que “[a] possibilidade de exigir uma indemnização (pelo interesse contratual negativo) é, assim, independente da de anulação, apenas sendo influenciada na medida em que o exercício desta última afecta os danos a ressarcir” (p. 1197).

quando o vendedor recusa integrar no conteúdo do contrato certo elemento do produto concretamente referido na mensagem publicitária e no qual o consumidor confiou de acordo com a teoria da impressão do destinatário razoável²⁷.

Ao lado da responsabilidade pré-contratual, será possível haver lugar também à responsabilidade civil extracontratual ou à responsabilidade civil contratual? Quanto a esta última, entendemos que o problema deverá ser resolvido no âmbito da relevância contratual da publicidade, por isso, abordaremos esta questão *infra* no ponto 3.5. Já relativamente à responsabilidade extracontratual, julgamos que poderá existir, na medida em que haja violação de um direito absoluto do consumidor ou de uma disposição legal de proteção de interesse do consumidor e o dano causado seja imputável à publicidade enganosa, ou seja, na medida em que exista um nexo de causalidade entre o dano do lesado e a conduta enganosa do profissional²⁸.

Ao contrário do que acontecia até 2008, o consumidor lesado, hoje, tem de determinar a quem é imputável a publicidade enganosa para pedir a indemnização. Até 2008, o Código da Publicidade regulava todas as matérias de publicida-

²⁷ CALVÃO DA SILVA, "A Publicidade na Formação do Contrato", p. 700.

²⁸ Por exemplo, uma publicidade sobre um automóvel, em que se afirma que o automóvel se equipara com pneus especiais para estradas congeladas. Mas o consumidor acabou por sofrer um acidente de viação por causa da escorregadela numa rua congelada e descobriu que os pneus especiais apenas se colocam no automóvel se for pago um preço adicional. Cremos que os danos corporais do consumidor são imputáveis à publicidade enganosa sobre o automóvel, e por isso, haverá responsabilidade extracontratual do anunciante com base no art. 483.º do CC. Mas o requisito do nexo de causalidade pode ser de difícil verificação, designadamente, quando haja conduta negligente do lesado que concorre para a ocorrência do dano. Neste caso, estaremos perante um caso de interrupção do nexo causal.

de e previa, no seu art. 30.º, a responsabilidade solidária entre os anunciantes, os profissionais, as agências de publicidade e quaisquer outras entidades que exerçam a actividade publicitária, bem como os titulares dos suportes publicitários utilizados ou os respectivos concessionários, pelos prejuízos causados a terceiros em resultado da difusão de mensagens publicitárias ilícitas. O consumidor podia pedir a indemnização a qualquer um destes sujeitos, e destarte, possuía maior garantia e protecção.

Como vimos, a partir de 2008, deparamos com a dualidade do regime da publicidade. O regime do Código da Publicidade passou a aplicar-se apenas às relações B2B, enquanto as relações B2C são reguladas pelo RPCD. O art. 15.º do RPCD não estabelece aos intervenientes da actividade publicitária uma responsabilidade civil solidária pelos danos causados pela publicidade enganosa, ao contrário do que acontece no art. 30.º do CPub, que permite, hoje, a um terceiro não consumidor – por exemplo, um concorrente comercial – pedir indemnização a qualquer um dos intervenientes da actividade publicitária, proporcionando uma maior protecção aos concorrentes comerciais. Estes, enquanto terceiros, não têm de determinar quem é o responsável pela mensagem publicitária enganosa. Basta que encontram uma publicidade enganosa e sofrem danos para pedir um dos sujeitos referidos a indemnização²⁹.

Já o consumidor lesado pela publicidade enganosa, segundo o art. 15.º do RPCD, deve determinar a quem é imputável a mensagem publicitária enganosa, beneficiando de uma protecção mais fraca em comparação com a protecção dos

²⁹ Por exemplo, a ofensa ao bom nome do concorrente comercial e a consequencial diminuição da clientela.

concorrentes comerciais lesados a propósito da indemnização pelos danos sofridos. O art. 30.º do CPub, antes de 2008, segundo RUI MOREIRA CHAVES, ao consagrar a responsabilidade civil solidária dos agentes pela prática de factos ilícitos publicitários, era “*uma forma protectora do consumidor/destinatário da publicidade*”³⁰. O art. 15.º do RPCD, porém, hoje, não estabelece uma responsabilidade solidária entre os intervenientes da actividade publicitária pelos danos sofridos pelo consumidor lesado.

O problema que a dualidade do regime da publicidade levanta, além da menor protecção dos consumidores a propósito da indemnização, reside na imputação da mensagem publicitária enganosa, ou seja, é saber a quem é imputável a mensagem publicitária. A publicidade pode ser enganosa, como vimos, quer no seu conteúdo, quer na sua forma de difusão.

Quanto ao conteúdo enganoso da publicidade, temos de qualificar o contrato existente entre o anunciante e o criador. A nosso ver, este contrato é um contrato de empreitada, sendo o objecto uma obra intelectual ou imaterial³¹. Sendo em causa um contrato de empreitada, o conteúdo enganoso da mensagem publicitária, em regra, é imputável ao anunciante, enquanto dono da obra, porque cabe a este aceitar a obra (art. 1218.º do CC), e, portanto, assumir toda a responsabilidade pelo conteúdo da publicidade.

³⁰ RUI MOREIRA CHAVES, *Código da Publicidade Anotado*, p.145.

³¹ Neste sentido, PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, p. 144. Porém, há discussão sobre se uma obra intelectual poderá ser o objecto da empreitada. No sentido negativa, Ac. de 10 de Julho de 2008 do Supremo Tribunal de Justiça, em que se afirma que “*no primeiro dos referidos contratos (o contrato de prestação de serviço), o vínculo entre as partes não se traduz em relação de subordinação, típica dos contratos de trabalhos, e distingue-se do último (o contrato de empreitada) pela circunstância de este, ao invés daquele, se reportar a realizações de carácter material, e não de carácter intelectual*”.



Quanto à forma enganosa de apresentação da publicidade, temos o chamado contrato de difusão publicitária entre o anunciante e o titular dos suportes publicitários ou os seus concessionários. Trata-se também de um contrato de empreitada³². Se o anunciante aceitar a obra realizada, passa a assumir a responsabilidade pelo modo de apresentação da publicidade.

Por isso, em regra, é ao anunciante imputável a publicidade enganosa, só não o sendo desde que não tenha aceite a obra nos termos gerais do contrato de empreitada.

Como vimos, o problema da dualidade de regimes conduziu a uma diminuição de protecção dos consumidores na perspectiva da garantia de indemnização, devido ao art. 15.º do RPCD. Segundo cremos, o art. 30.º do CPub deverá ser aplicado também às relações B2C, por analogia, porque não faz sentido que os consumidores se encontrem menos protegidos que os profissionais, que beneficiam de um regime de responsabilidade civil solidária.

3.5 A publicidade na formação do contrato

Como vimos, a publicidade tem eficácia pré-contratual, sendo relevante na determinação da responsabilidade pré-contratual. Porém, a doutrina tem salientado também a eficácia contratual da publicidade, ou seja, a sua relevância na formação do contrato.

Pode acontecer que a invalidade do contrato celebrado pelos consumidores vítimas da publicidade enganosa não

³² PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, p. 144.

os satisfaz através da desvinculação contratual e da eventual responsabilidade pré-contratual. No caso de desconformidade do produto ou serviço em relação à mensagem publicitária, o que o consumidor pretende é antes uma indemnização, a substituição ou a reparação dos bens, recorrendo às regras da responsabilidade contratual³³.

Cumpra saber se, no caso de os elementos concretos de um bem inseridos na mensagem publicitária não aparecerem nas cláusulas contratuais, deverão esses elementos concretos publicitados assumir relevo contratual e ser integrados nas qualidades acordadas do bem adquirido.

Esta questão tem suscitado polémica na doutrina. A Lei da Defesa do Consumidor, veio resolver esta questão, ao consagrar, no n.º 5 do seu art. 7.º, que “[a]s informações concretas e objectivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário”. Por um lado, os elementos concretos e objectivos de um bem, referidos na publicidade, são considerados integrados no conteúdo do contrato; por outro, as cláusulas contratuais em contrário são havidas como não escritas. Assim, o legislador responsabiliza o vendedor pelas qualidades ou características concretas referidas na publicidade por via contratual. Esta solução evita a tarefa da qualificação da mensagem publicitária como proposta contratual, simples convite a contratar ou declaração não séria.

³³ PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, p. 80.



Importa esclarecer aqui duas coisas: primeiro, o vendedor apenas responde pelos elementos concretos e objectivos do bem referidos na publicidade, já não pelas alegações genéricas, não concretas, manifestamente excessivas ou exageradas, que objectivamente devem ser consideradas como declarações não sérias (n.º 1 do art. 245.º do CC)³⁴; segundo, o vendedor responde por esses elementos concretos e objectivos referidos na publicidade feita por si ou pelo produtor³⁵. Pode parecer injusto que o vendedor responde por elementos garantidos pelo produtor, e não por si. Mas não podemos esquecer que o vendedor assim lesado pela publicidade enganosa feita pelo produtor pode recorrer ao art. 30.º do CPub para pedir uma indemnização a qualquer um dos intervenientes da actividade publicitária em causa, sendo a responsabilidade destes solidária³⁶.

Sendo os elementos concretos e objectivos de um bem, referidos na publicidade, considerados integrados no conteúdo do contrato, caso haja desconformidade do produto ou serviço em relação à mensagem publicitária, haverá lugar à aplicação do regime da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 08 de Abril. O consumidor, face à desconformidade do produto com o contrato (que inclui os elementos concretos e objectivos refe-

³⁴ CALVÃO DA SILVA, "A Publicidade na Formação do Contrato", p. 703.

³⁵ CALVÃO DA SILVA, "A Publicidade na Formação do Contrato", p. 703.

³⁶ Podemos levantar neste ponto uma outra questão, que é a de saber se a aplicabilidade do n.º 5 do art. 7.º do LDC poderá ser afastada por um acordo entre o vendedor e o consumidor, ou seja, se esta norma referida será uma norma imperativa. A nosso ver, tendo em conta a vulnerabilidade especial dos consumidores, a norma referida é imperativa. Se admitíssemos que a sua aplicabilidade poderia ser afastada por via convencional, permitiríamos ao vendedor explorar a vulnerabilidade especial dos consumidores de forma mais agressiva.

ridos na publicidade), poderá lançar mão da reparação ou da substituição, da redução adequada do preço ou da resolução do contrato, nos termos do art. 4.º deste diploma.

O reconhecimento da eficácia contratual da publicidade pelo n.º 5 do art. 7.º da LDC é, sem dúvidas, um grande passo para frente no progresso de protecção dos consumidores. Na verdade, antes do reconhecimento legislativo da eficácia contratual da publicidade, CALVÃO DA SILVA defendeu já a eficácia contratual da publicidade, entendendo que, segundo as regras de interpretação, a publicidade era um elemento interpretativo importante e, por isso, devíamos integrar os elementos concretos publicitados nas qualidades acordadas do bem adquirido³⁷. Aliás, a jurisprudência espanhola, logo em 1976, considerou a empresa vendedora vinculada pela sua publicidade com base na boa fé. E a lei luxemburguesa de 1983 relativa à protecção jurídica do consumidor seguiu o mesmo sentido, considerando as características e qualidades de um bem exaltadas na publicidade como partes integrantes do contrato³⁸.

3.6 O direito de acção inibitória

Ademais dos remédios referidos – a anulação do contrato celebrado e a responsabilidade civil pelos danos sofridos – que estão ao dispor do consumidor no caso da publicidade enganosa, o consumidor pode ainda recorrer a um instrumento

³⁷ CALVÃO DA SILVA, "A Publicidade na Formação do Contrato", p. 701 e 702.

³⁸ V. MICHAEL R. WILL, "A Mensagem Publicitária na Formação do Contrato", *Comunicação e Defesa do Consumidor*, 1996, p. 280.

repressivo para prevenir a repetição da publicidade enganosa em causa. O art. 16.º do RPCD permite ao consumidor intentar uma acção inibitória prevista na LDC, com vista a prevenir, corrigir ou fazer cessar a publicidade enganosa em causa. Porém, não se trata de um instrumento privativo dos consumidores. Qualquer pessoa, incluindo os concorrentes comerciais do anunciante, pode intentar a acção inibitória, desde que tenha interesse legítimo em opor-se à publicidade enganosa em causa.

3.7 Algumas notas sobre as publicidades testemunhais enganosas

Com o desenvolvimento da tecnologia informativa e a generalização do acesso à *internet*, torna-se mais fácil as pessoas encontrarem uma plataforma *online* para serem conhecidas. As celebridades já não se limitam àqueles que aparecem nos *media* tradicionais, como na televisão, nos filmes, nos jornais e na rádio. Cada vez mais celebridades provêm dos *social media*, designadamente, do *Youtube*, do *Facebook*, e do *Instagram*. Estas pessoas conseguem atrair um número significativo de audiência na *Internet* nas respectivas plataformas. Este fenómeno leva os comerciantes a conhecer a relevância e o potencial comercial dos *social media* e transforma estes em meios de publicidade dos seus produtos e serviços.

Estas celebridades da *internet* fazem vídeos sobre as suas vidas quotidianas e também fazem apresentações e comentários sobre os produtos que utilizam. Como elas possuem uma imagem acessível e acreditável, os comerciantes gostam

de explorar esta imagem favorável delas para fazerem conhecer e promoverem os seus produtos e serviços. Torna-se crescente o fenómeno de publicidade testemunhal nos *social media*.

Antes deste fenómeno crescente de publicidade testemunhal nos *social media*, a maioria das celebridades da *internet* fazia apenas apresentações de produtos e emitiam meras informações, recomendações ou experiências de utilização, sem qualquer relação de colaboração com os vendedores e os produtores dos produtos. Mas com este fenómeno, muitas celebridades da *internet* passaram a ser patrocinadas ou a fazer publicidade sobre produtos, designadamente testemunhal.

Como sabemos, na prática, a tarefa de distinguir uma publicidade testemunhal de uma recomendação ou de um conselho de produtos pode ser difícil, porque todos visam informar os destinatários das qualidades do produto em causa e das suas experiências de utilização. Mas tal distinção é juridicamente relevante porque a publicidade testemunhal está sujeita à regulação do CPub, enquanto as informações, recomendações ou conselhos são reguladas no art. 485.º do CC. O regime de tutela dos destinatários da publicidade é diferente daquele dos destinatários das informações, recomendações ou conselhos.

Importa assim encontrar um critério que nos permita distinguir as publicidades das informações, recomendações ou conselhos.

A nosso ver, tal critério reside num dos elementos essenciais do próprio conceito da publicidade: a finalidade de promoção a aquisição de quaisquer bens ou serviços por parte do consumidor a que se dirige. Mas na prática, o conselho sobre um produto também visa estimular a aquisição do produto por



parte do destinatário. Nessa medida, a fronteira entre a publicidade e o conselho é muito ténue.

Parece-nos que a existência de uma relação contratual entre a celebridade da *Internet* e o vendedor ou produtor anunciante é decisiva para a distinção entre a publicidade testemunhal e o mero conselho.

Todavia, quando esteja em causa uma publicidade testemunhal enganosa, o consumidor tem a dificuldade em provar a existência de uma relação contratual de publicidade entre a celebridade da *Internet* e o vendedor ou produtor anunciante, para sustentar que está em causa uma verdadeira publicidade e não um mero conselho espontâneo por parte da celebridade. E não podemos esquecer que a responsabilidade por conselhos só tem lugar em certas circunstâncias (art. 485.º do CC). Resta assim ao consumidor lesado provar que está em causa uma publicidade mediante a prova da existência de uma relação contratual de publicidade entre a celebridade e o anunciante.

Como vimos, o art. 22.º do RPCD permite a inversão do ónus da prova sobre a veracidade das informações contidas na publicidade. Será possível aqui aplicarmos extensivamente esta norma para inverter o ónus da prova sobre a existência de relação contratual de publicidade, no sentido de cabe à celebridade e ao alegado anunciante provar que não há nenhuma relação contratual entre eles? Aqui não podemos olvidar que o recurso por analogia ao art. 30.º do CPub, que responsabiliza todos os intervenientes da publicidade (incluindo as celebridades), não é adequado, porque a sua aplicação eventual às celebridades dependerá da existência de relação contratual de publicidade, questão esta só se resolverá a nível da prova.

4. Conclusões

Tendo em conta as considerações acima feitas, podemos concluir que o estabelecimento do RPCD trouxe vantagens e desvantagens na matéria de protecção do consumidor nas publicidades enganosas.

Por um lado, o RPCD esvaziou, de certo modo, o CPub; por outro lado, proporciona mais um meio directo de protecção ao consumidor contra a publicidade enganosa – o meio invalidatório (art. 14.º do RPCD).

O problema da dualidade de regime da publicidade fica ainda por resolver. Esperamos que, num futuro breve, o legislador volte a estabelecer um regime unitário da publicidade, evitando a dispersão das normas relevantes em vários diplomas legislativos. Um regime unitário da publicidade fornecerá uma maior segurança jurídica e confiança do consumidor, que são elementos favoráveis ao bom funcionamento do mercado interno.

Bibliografia

- ALVES, Francisco Luís – *Direito dos Seguros – Cessação do Contrato. Práticas Comerciais*, 2.ª Edição Revista, Atualizada e Ampliada, 2015.
- CARVALHO, Maria Miguel Morais de – “O Conceito de Publicidade Enganosa”, *Separata de: Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, 2007, p. 675 a 706.
- CHAVES, Rui Moreira – *Código da Publicidade Anotado*, 2.ª Edição, Almedina, 2005.
- COSTA, Andreia Rodrigues – “O Regime Jurídico da Publicidade: a (Des)protecção dos Consumidores?” (O texto está disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17263/1/tese%20de%20mes-trado%20doc.%20final.pdf>)
- LEITÃO, Luís Menezes – “As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 71, 2011, p. 423 a 445.
- PASSINHAS, Sandra Cristina Farinha Abrantes – “O Caso VOLKSWAGEN – A Protecção do Comprador”, in *Revista de Direito Comercial*, 2017, disponível em www.revistadedireitocomercial.com, p. 33 a 51.
- PINTO, Paulo Mota – *Direito da Publicidade*, Elementos de Estudo do Curso em Direito dos Contratos e do Consumo do ano lectivo 2011/2012
– *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Coimbra Editora, 2008.
- SERENS, Manuel Nogueira – “A Proibição da Publicidade Enganosa: Defesa dos Consumidores ou Protecção (de alguns) dos Concorrentes?”, *Separata do Boletim de Ciências Económicas*, Vol. XXXVII, 1994.
- SILVA, João Calvão da – “A Publicidade na Formação do Contrato”, *Celebrações do 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. II, p. 687 a 711.
- WILL, Michael R. – “A Mensagem Publicitária na Formação do Contrato”, *Comunicação e Defesa do Consumidor*, 1996, p. 259 a 281.

ÍNDICE

APRESENTAÇÃO	5
DOCTRINA	
CASINO LAW IN MACAU: FROM COMPETITION TO CONSUMER PROTECTION?	7
Alexandre L. Dias Pereira	
DIREITOS DO CONSUMIDOR NA COMPRA DE BENS DE CONSUMO	35
Jorge Morais Carvalho	
PROTEÇÃO DE DADOS E DIREITOS DE PERSONALIDADE: UMA RELAÇÃO DE INTERIORIDADE CONSTITUTIVA. OS BENEFICIÁRIOS DA PROTEÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL	75
Mafalda Miranda Barbosa	
ARRENDAMENTO, RESPONSABILIDADE CIVIL E TERCEIROS	133
Mafalda Miranda Barbosa	
PIRATARIA NA LEI DA MODA: UM PARADOXO? PIRACY IN FASHION LAW: A PARADOX?	185
Maria Victória Rocha	
ANOTAÇÕES SOBRE O DEVER DE INDEMNIZAR, O DANO DE VIAGEM ARRUINADA E O DEVER DE COOPERAÇÃO.....	291
Felipe Comarela Milanez	
O SOBREENDIVIDAMENTO POR CRÉDITOS AO CONSUMO E OS PRESSUPOSTOS DE INDEFERIMENTO LIMINAR DA EXONERAÇÃO DO PASSIVO RESTANTE NO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA	337
Francisco Arthur de Siqueira Muniz	
A TUTELA DO PRESTADOR DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS	389
Pedro Falcão	
A TUTELA DOS CONSUMIDORES NAS PUBLICIDADES ENGANOSAS	423
Ka Long Lok	