

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

Ana Paula Silva

CONTACTOS

cdc@fd.uc.pt

www.cdc.fd.uc.pt

Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISSN

1646-0375

DOCTRINA

APRESENTAÇÃO

O tempo corre ligeiro! Por entre os múltiplos afazeres que consomem o nosso tempo, conseguimos recuperar a saída regular dos “Estudos de Direito do Consumidor”. Graças, sem dúvida, aos abnegados esforços da Direcção do CDC - Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Doutores Pedro Maia, Paulo Mota Pinto e muito especialmente, neste ponto concreto, Sandra Passinhas —, bem acompanhados por todos quantos, nesta Casa, dedicadamente os auxiliam nessa tarefa, em que me permito destacar a Doutora Mafalda Miranda Barbosa.

Os “Estudos” continuam a seguir o modelo de sempre, abertos a Colegas de outras Universidades e de outros mundos, tanto portugueses como estrangeiros.

Como habitualmente, contamos com o juízo generoso com que o Leitor nos tem distinguido.

Coimbra, FDUC, em 10 de Novembro de 2016

O Diretor do Centro de Direito do Consumo

António Joaquim de Matos Pinto Monteiro



ACEITAÇÃO, ADAPTAÇÃO, ESPERANÇA — AS COORDENADAS FUNDAMENTAIS DO ENVELHECIMENTO¹

José de Oliveira Ascensão

Palavras-chave: Aceitação. Adaptação. Esperança. Idoso. Assistência Social.

Sumário: O objetivo deste trabalho é analisar a condição da pessoa no processo de envelhecimento, acentuando o papel ativo que cabe ao idoso até ao colapso definitivo e os perigos, quer de um autoabandono deste, quer de ingerências autossuficientes da assistência social; bem como o contributo básico da esperança.

Keywords: Acceptance. Adaptation. Hope. Elderly. Social assistance.

Summary: The purpose of this work is to analyse the person condition in the ageing process, emphasising the active role at the elderly until the final collapse and the danger of self-abandonment or self-sufficiency in social assistance, as well as the basic contribution of the hope.

¹ Este estudo está em regime de *creative commons*. Todos o poderão utilizar como entenderem. Ponho apenas duas reservas: devem indicar a minha autoria e não alterar a atual versão, mesmo em referências parciais.



1. A condição do idoso

Propomo-nos pensar a chamada “terceira idade”. Preferimos falar do idoso, como aquele que atinge o patamar normal de término da vida humana, com o declinar das suas capacidades. Deixamos pois de lado todas as formas de final de vida que ocorram antes, desde a mortalidade infantil às causadas por doenças ou guerras, desde as resultantes de miséria ou suicídio...

Em certas condições históricas, a média de vida situava-se nos 30 anos. Ainda se encontram muitos agregados em que assim ocorre mas, nos países ditos civilizados, assiste-se a um rápido e impressionante fenómeno de prolongamento da vida humana. De uma qualificação do sexagenário já como idoso passar-se-á a uma esperança de vida até aos 100 anos – o que não há muito era motivo para notícia nos jornais. Mais do que isso: este prolongamento é também da vida humana *útil*, portanto, daquela em que o homem mantém a capacidade de estar integrado e ativo na vida social.

Isto não quer dizer que esta evolução não traga também problemas específicos.

Cria distonias, como a da possibilidade de reformas a partir de idades inferiores, por vezes escandalosamente inferiores, agravando a sustentabilidade financeira da Segurança Social.

Noutra vertente, o homem não deixará nunca de ser chamado a resolver os seus problemas, antes de mais os emergentes da necessidade de manter a direção de si mesmo. Não

se pode abandonar fatalisticamente, quando verifica que as forças ou capacidades que tinha ontem desapareceram.

É também frequente a tendência de se refugiar no passado: “no meu tempo...”. Mas o *meu tempo* é para todos os vivos o tempo presente – é aquele em que cada um é chamado a realizar-se.

O passado povoa a vida de recordações, decerto. Mas devem ser tomadas como fonte de ensinamentos e não como motivo de auto-exclusão.

Em muitas civilizações os velhos foram respeitados pela sua sabedoria ². Tal não é compatível com a mera resignação ou a lástima do que passou já.

Há que cultivar a presença no ambiente em que se encontrem. Há que sentir a alegria das manhãs de sol, o interesse pelo mundo em que se vive, a capacidade de fazer projetos de futuro...

Este enquadramento inclui um percurso de *libertação* do que é caduco. Não é negativo, é como cortar a relva para que renasça mais forte. É a determinação de se manter vivo de espírito e presente na vida social.

2. A dependência

Outro desafio, bem gravoso, consiste na dependência em que os idosos ficam em relação aos outros. Aquilo de que carecem e de que perderam a capacidade de assegurar, terá de ser realizado por terceiros. Quer em situações de doença

² Criando, em certas culturas, mesmo regimes de gerontocracia, como governo dos mais velhos.

quer mesmo em atividades diárias normais.

O problema foi historicamente resolvido mediante o suporte natural das famílias. Era normal que as pessoas idosas fossem cuidadas pelos familiares, particularmente os do sexo feminino, com maior ou menor carinho, mas sem necessitarem de recorrer a terceiros. As Misericórdias, tradicionalmente, davam o apoio institucional supletivo àqueles que dele carecessem. Vários fatores, como o acesso das mulheres a encargos profissionais e a crise das relações familiares, foram pondo em causa esta matriz.

Hoje em dia a tendência, mais citadina que rural mas em qualquer caso presente, é a de se passar este encargo para uma rede básica de instituições públicas. As Misericórdias, ou foram integradas nestas (caso da de Lisboa), ou aceitam uma posição secundária dentro da rede dos serviços de saúde.

A verdade porém é que com a nova matriz a assistência ao idoso tende a ser burocratizada. Não falamos de um serviço universal de saúde em si, que é muito útil, mas na propensão que vemos expandir-se para o internamento nos hospitais ou outros serviços públicos disponíveis. Aí, sem de modo nenhum questionar a valia dessas instituições, tudo depende das mãos a que se for parar. Há aqueles que se empenham na prestação dedicada de serviços, em condições que por vezes podem ser consideradas heroicas, mas há também aqueles para quem o doente é um objeto que é necessário despachar logo que possível. Neste caso o doente é minorizado. O Doutor António passa a ser o Sr. António – quando não o António simplesmente. A autonomia passa a ser uma farsa – como acontece se o “consentimento informado” se reduz à exigência de assinatura

de um formulário que é entregue quando o doente vai já na maca, a caminho da sala de operações. Todos assinam, claro. Nem há tempo de ler nem de ser-lhes explicado o conteúdo.

Por outro lado, as visitas de familiares e amigos – com o apoio que possam prestar – vão com o tempo rareando. O limite está em o doente ficar abandonado no seu leito. Podemos dizer que só voltam a encontrar-se no dia do funeral do idoso...

3. O papel fundamental do próprio idoso

Mas o nuclear não reside nos terceiros, mas sim no próprio idoso. A este cabe reagir, não se conformando quando pode ter uma parte ativa na moldagem do seu destino.

Por exemplo, no que respeita à decadência do corpo, o doente tem de manter e pôr em ação o propósito de permanecer ativo, de praticar o exercício físico compatível, de cuidar da saúde – numa palavra, de resistir e não se abandonar. Mesmo que seja doloroso, há que preencher sempre a medida possível e aconselhável.

Mas, além de tudo isto, há um valor mais profundo do significado da consciência e vontade do idoso. Apelamos para o auxílio de Fernando Pessoa, no seu poema “Não sei se é sonho, se realidade”. Aí evoca a ilha extrema do sul com seus palmares supostos, em que a vida seria jovem e o amor sorri. Mas para concluir afinal:

“Não é com ilhas no fim do mundo,
Nem como palmares, de sonho ou não,
Que cura a alma seu mal profundo,
Que o bem nos entra no coração.
É em nós que é tudo. É ali, ali,
Que a vida é jovem e o amor sorri”³.

Centremo-nos pois no essencial. Cabe ao homem, na sua essência psico-espiritual, pugnar por continuar a ser senhor de si mesmo. Cabe-lhe assumir o seu destino, em toda a medida alcançável pelas capacidades que lhe restem. Cabe-lhe não capitular.

E nesta linha, apontamos as três grandes diretrizes em que podem orientar a sua luta pela vida:

- a aceitação
 - a adaptação
 - a esperança.
- Serão consideradas sucessivamente.

4. A aceitação

É o primeiro grande princípio que cada um, no seu entardecer, deve tenazmente cultivar.

Nada adianta que o homem se rebele contra a sua condição, ou revoltando-se contra a sua decadência física e

³Embora (se nos for tolerado o “sacrilégio” de corrigir Fernando Pessoa) nós preferíssimos terminar:

“... É aqui, é aqui
Que a vida é jovem e o amor sorri”.

intelectual, ou criando uma máscara ridícula para ocultar o seu estado.

A idade traz fatalmente a deterioração ou perda, mais ou menos rápida, de faculdades físicas e mentais, do homem. Os gestos diários vão-se tornando mais pesados e difíceis. Está sujeito a quedas e à dependência geral em relação a terceiros.

Também no domínio mental se decresce fatalmente. Uns mais do que outros, e isto independentemente de ocorrerem doenças que toldam gravemente as capacidades psíquicas: o fenómeno em si intervém sempre. Mesmo os que mantêm acima do normal a sua integridade mental veem a sua memória esmorecer, o raciocínio tornar-se mais lento, a expressão vocabular menos perfeita. Ficam sujeitos a fenómenos de confusão mental e esquecimentos, tomando umas realidades por outras ou não conseguindo encontrar os meios de expressão do pensamento adequados.

É então que a aceitação é indispensável. A aceitação permite que o homem tenha a consciência da sua medida, evitando um esbracejar contra si mesmo confrangedor e doloroso. Cabe ao homem ter consciência que não criou a sua humanidade, que participa de uma natureza humana à qual há que corresponder. A revolta é uma pseudoafirmação em que não pode cair, porque é duro o homem recalcitrar contra o agulhão.

Por outro lado, a aceitação não é passividade. Até à perda da consciência, o homem é responsável pelo seu destino. Por isso, a aceitação tem de ser completada por formas ativas de orientação de vida.

A estas passamos.

5. A adaptação

O homem tem uma capacidade extraordinária de adaptação. Consegue habituar-se a viver em condições extremas, que diríamos insuportáveis.

Na fórmula corriqueira que o exprime, diz-se que o homem é um raio dum animal que se habitua a tudo.

Observemos porém desde já que a adaptação não é simplesmente habituação. A mera habituação é passiva; neste caso, o homem é apenas a resultante ou o produto do meio e não um produto do seu espírito – vale dizer, da sua existência. O que releva é a capacidade espiritual do homem de buscar alternativas às capacidades que vai perdendo. O objetivo prosseguido, a que o homem não pode mais aceder, pode ser atingido por outras vias. É uma manifestação da liberdade do espírito, que permite ao homem lograr um resultado por um caminho diferente. Cada vitória é pois uma manifestação de autonomia.

Uma destas vias está em as pessoas idosas se tornarem meticulosas – mesmo quando anteriormente o não eram. Isto considera-se próprio de pessoas muito inteligentes: passam a seguir um roteiro que arquitetam para vencer os obstáculos que defrontam. A adaptação não se confunde pois com passividade, é antes um produto do espírito humano. Com isso se ultrapassam os distúrbios dos esquecimentos ou confusões nos passos que se impõem para alcançar os objetivos últimos propostos.

A adaptação tem pois também os seus riscos. Um deles consiste em a pessoa ficar tão sujeita aos próprios esquemas

ou roteiros de ação que criou que fica desorientada se porventura tem de sair deles. É um risco real: justamente por isso o homem deve ter consciência dele. Como veremos mais precisamente a seguir.

6. Adaptação versus habituação

A adaptação tem também o seu lado negro. Contra este há que operar simultaneamente outro esforço paralelo, no sentido de manter a capacidade de adaptação mesmo quando os roteiros fixados deixaram de funcionar. Cabe ao idoso entendê-los sempre como meros instrumentos, sujeitos à sua vontade e não como cadeados que, pelo contrário, corrompem essa liberdade. Vale a pena insistir neste aspeto, porque tais riscos são consideráveis e é indispensável que o idoso esteja prevenido contra eles.

O idoso defende-se essencialmente por uma ordenação de vida. Utiliza os roteiros que mentalmente delineou, tenha-os anotado ou não. Mas corre o risco de ficar escravizado por eles.

A primeira manifestação consiste logo na perturbação que o idoso experimenta quando por qualquer razão o esquema criado não funciona. O idoso fica antes de mais desorientado. Terá de recorrer a capacidades adormecidas para de novo encontrar a via criativa, que lhe forneça uma alternativa.

A isso associa-se frequentemente a irritação. O idoso revolta-se, agora exteriormente, contra os que o cercam. Reage como uma criança quando amua. E as vítimas são aqueles que o rodeiam, frequentemente as pessoas que o amam. Estas

ficam dececionadas com as reações intempestivas.

Por outra vertente, cresce a resistência à mudança por parte do idoso. O abandono dos hábitos adquiridos representa um trauma. Por isso, tudo o que a tanto o obrigar fá-lo-á sofrer.

Isto reflete-se, visto do exterior, no comportamento a adotar com os idosos. Podem habitar tugúrios e chegar a hora de ser transferidos para habitações mais adequadas. Ficam profundamente perturbados. Em muitos casos, acabam por regressar ao seu habitat anterior na primeira aberta, porque era esse o seu mundo – ou a sua conformação mental.

O ponto tem muito significado, justamente no que respeita aos cuidados a prestar a pessoas doentes ou de outro modo dependentes, em consequência do envelhecimento – *senilizadas*, se chama vulgar e cruamente, com uma conotação bem pouco agradável. Procura-se fazer assistência, sim, mas essa assistência é atuada retirando o idoso do seu ambiente para o recolher em hospitais, lares ou outros locais que lhes propiciam melhores condições habitacionais. O idoso reage mal. Fica amargo, interiormente agastado e com capacidade diminuída para elaborar outros roteiros.

Isto deve ser ponderado perante uma tendência, espantosamente em crescimento nos serviços públicos, que com a maior ligeireza retiram idosos, doentes, crianças e outros dependentes às suas famílias. A família é o lugar por excelência para o acolhimento dos seus membros. Só em casos verdadeiramente extremos, quando o cuidar dessas pessoas se faça em termos de violência ou crie outras formas riscos muito graves, é que a retirada à família se compreende: é uma *ultima ratio*. Mas hoje vemos ser utilizada como *prima ratio*. É um erro

que merece ser urgentemente revisto.

Temos assim, retomando o nosso tema, que qualquer modo de afastamento coercivo de um idoso, doente ou não, que viva em condições objetivamente deficientes, é negativo, se consistir em retirá-lo do seu ambiente, familiar ou outro, salvo quando se atinge um extremo insuportável. Há que fazer a avaliação cuidadosa da situação, para determinar naquele caso qual a solução que se impõe⁴. Se se tratar de um idoso doente, as cautelas deverão ser redobradas. A burocratização da assistência pode levar a que o doente não morra da doença, mas morra da cura.

7. A esperança

Há ainda uma terceira componente, verdadeiramente essencial: a esperança.

Toda a vida humana tem um desfecho tão previsível quanto inevitável – a morte.

Significará isto que o homem seja, numa fórmula conhecida, um “ser para a morte”?

Para responder, permita-se-nos um pequeno desvio.

Até ao séc. XIX reinou na Europa a crença de que no lixo germinavam ratos: quer dizer, que a vida pode resultar de factos naturais. Pasteur provou brilhantemente que não era assim, abrindo uma nova era das ciências. Levou progres-

⁴ E não abandonarmo-nos a ideologias generalizadores muito na moda, mas com escasso fundamento.

sivamente à descoberta do infinitamente pequeno, nomeadamente à cisão do átomo, no século passado; e avança-se sempre mais.

Mas, deixando de parte esta faceta fundamental: a vida poderá ou não resultar de certos estados da matéria, abrindo por exemplo a hipótese de haver também vida no Universo fora do planeta Terra?

Por mais intrigante que a questão seja, não tem para nós importância. É antes de mais uma questão respeitante à natureza, portanto, que cai no âmbito das Ciências Naturais. O que nos ocupa é a posição do Homem no Universo, portanto com a diferença específica que caracteriza este.

Qual é a base ou fundamento dessa diferença específica?

É o espírito. É a abertura aos valores. É o sentido ético. É a noção da transcendência. Representa outra camada ôntica a que os animais, por mais aperfeiçoados, não podem aceder.

Por isso, quer a matéria produza ou não vida, não produz o espírito. Este não é fruto da evolução da matéria.

E assim como não está dependente da matéria, também o espírito não se extingue com o colapso da vida – a morte. A existência humana funda-se e justifica-se pelo espírito. Por isso, o homem deve ter como objeto de reflexão, particularmente na fase terminal da vida, esta preparação para a subsistência do espírito. Prosseguirá de outra forma a realização própria, decerto, mas em que o sentido e a consciência da sua realização e do novo mundo espiritual que se lhe abre estarão presentes.



E assim, até ao último momento, ao homem cabe um grau de afirmação própria que constitui simultaneamente uma riqueza social e a sua realização pessoal. E em que, mesmo que abandonado pelos seus, mesmo que tratado como lixo hospitalar, o homem é chamado, até à perda definitiva de consciência, a uma afirmação de aceitação, adaptação e esperança que o realiza e enriquece o mundo em que se insere.

LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Rubén S. Stiglitz

Abstract: La cláusula se habrá de calificar de sorpresiva cuando su uso no sea habitual al contratar sobre la base de cláusulas predispuestas. En ese caso, no vincula al adherente, por no integrar el contenido usual o previsible del contrato.

Se trata de cláusulas tan insólitas que el adherente no imagina que integrarían el contenido del contrato. Avanzando en estos desarrollos, pareciera que contribuye a perfilar más nítidamente el concepto de cláusula sorpresiva el cotejo que se efectúe entre la materia (objeto) del contrato y su contenido o marco regulatorio, con la configuración interna de la cláusula cuestionada.

Estimamos que la calificación de insólita, de inesperada, o inaudita de la referida cláusula, debe ser una conclusión natural del antedicho examen comparativo, del que resulte que su incorporación al contrato importa inequidad e irrazonabilidad.

Obviamente provocan, como las cláusulas abusivas, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes que deberá ser apreciado al momento de la conclusión del contrato.

No es suficiente que la cláusula sorpresiva sea inesperada.

Es preciso que se trate de una situación de acentuada inequidad (desequilibrio) y de subrayada anormalidad. Debe tratarse de una cláusula que no es normal incluir entre las cláusulas predispuestas con las que se opera; no se cuenta razonablemente con su inclusión. De allí que, apriorísticamente, no pueda formularse una lista de "cláusulas sorprendentes". A lo sumo podrán enunciarse algunas conocidas. Y a medida que sean incluidas repetidamente, dejarán de constituir una sorpresa.

1. Una Visión Comparatista

a) Alemania

En Alemania, por ejemplo, a instancia de la jurisprudencia, se ha estimulado a los predisponentes para que las cláusulas de contenido inhabitual, susceptibles de sorprender, queden recogidas en los impresos de manera visible o que se haga una referencia a las mismas de manera expresa.

Precisamente en Alemania se han detectado cláusulas sorpresivas como, por ejemplo:

- a. La cláusula por la que se determina una jurisdicción sin referencia a la sede central de la sucursal del usuario¹.
- b. Una cláusula por la que se fijan intereses sobre el precio de compra a partir de una fecha anterior a la celebración del contrato².
- c. Una cláusula incluida en un contrato de locación de vivienda por la que se obliga al locatario a mantener la temperatura ambiente, de modo permanente, en 18 grados³.
- d. Una cláusula por la que se establece la responsabilidad del garante por todas las deudas actuales y futuras del dador del crédito sin describirlas en detalle⁴.

¹ LG Constanza, BB 83, pág. 1372

² BGH, NJW 86, pág. 1805

³ LG Heidelberg, WuM 82, pág. 2

⁴ BGH, NJW 00, pág. 658



- e. En un contrato de compra de una escultura en una casa de remates, la inclusión de una cláusula por la que el adquirente renuncia a reclamar a la galería de arte por vicios en el acto ya que se comprobó que la estatua no era original⁵.
- f. En un contrato de compra venta de una casa prefabricada se incluyó una cláusula por la que el adquirente debía garantizar el precio de compra mediante la apertura de una cuenta bancaria irrevocablemente destinada a ese solo efecto, impidiendo al adquirente rechazar la prestación por vicios redhibitorios⁶.

Todas estas cláusulas fueron declaradas sorprendivas en los términos del Parág. 305c del Código civil en tanto enuncia algunos de sus caracteres: Se trata de (a) disposiciones contenidas en las condiciones generales de la contratación que (b) por las circunstancias, especialmente por los aspectos externos del texto del contrato, (c) se hallan fuera de lo común al punto que (d) no la contraparte no las pueda tener en cuenta, por lo que se las debe tener como que no forman parte del contrato.

b) Austria

La Ley sobre Cláusulas Generales Contractuales de Austria (C.P.A., Consumer Protection Act de 1979) otorgaba pro-

⁵ BGH, 9/10/2013, VIII ZR 224/12

⁶ BGH, 25/5/2010, II-21 U 124/09

tección al consumidor desde la formación del contrato, suministrándole el derecho a requerir la cancelación de aquellas cláusulas que tomen al consumidor por sorpresa. Respecto de las cláusulas “inesperadas” se establece que las estipulaciones inusuales en las condiciones generales de los contratos no forman parte del contrato si son desventajosas para la otra parte y no hay razones que justifiquen su existencia en dichas circunstancias (art. 864 a, Cód. Civ.).

c) Portugal

En Portugal, los Tribunales Superiores aplican el artículo 8º, inciso c), del Decreto-Lei 446/85, de 25 de Octubre, que considera excluidas de los contratos “las cláusulas que, por el contexto en que se hallan ubicadas, por el título que las precede o por su presentación gráfica, pasan desapercibidas a un contratante normal, colocado en posición de contratante real”.

Tomando como ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia del 14/2/2013, allí se sostuvo que las cláusulas sorpresivas son susceptibles de afectar el principio de buena fe objetiva que impone a las partes contratantes actuar con lealtad, transparencia y cuidado.

El predisponente se halla obligado a la prestación de informaciones necesarias, con base en la cual el mismo debe presentar contratos redactados de forma clara y precisa, no obscura, tampoco incluyendo cláusulas dudosas o contradictorias.

Debe redactarlas, con caracteres legibles, destacando especialmente, mediante cualquier modo las cláusulas que impliquen limitaciones a los derechos del adherente.

Debe evitar que aparezcan cláusulas estipuladas en el contrato de naturaleza imprevisible, o cláusulas ajenas, extrañas u opuestas a la realidad, y que imposibilitan al consumidor una comprensión adecuada de los términos del contrato, porque este fue celebrado, bajo determinadas circunstancias, en contradicción con la apariencia global exhibida.

Y prosigue: "Las denominadas "cláusulas sorpresivas", que aparentan ser una cláusula más, finalmente se revelan, a veces, ocultas, colocadas fuera del título, ajenas al contexto sistemático o racional, o incluidas disimuladamente, desentonando de la totalidad de restante clausulado. Ofenden el principio de buena fe al que se halla obligado el predisponente al tiempo de la conclusión del contrato, así como el deber de información.

Por lo demás, infringe el deber de claridad adecuada al que tiene derecho el adherente.

Y todo ello al contrariar en la práctica el contenido pre-dispuesto por el proveedor consistente en la redacción de cláusulas claras, comprensibles y autosuficientes provoca un quiebre en el sistema de protección al consumidor, como un todo, sorprendiendo al adherente real en perjuicio de su conocimiento formal y/o material.

Por lo tanto, las referidas cláusulas no son exigibles al adherente ya que su incorporación al contrato constituyen una forma de ardid ya que aquéllas fueron disfrazadas por el modo subrepticio o camuflado con que fueron presentadas.

La representación gráfica de las cláusulas sorpresivas, en ocasiones, se hallan descolocadas del contexto, se hallan ocultas a la conocibilidad material, disimuladas para sorprender al adherente real.

Es el caso de cláusulas que se hallan precedidas por un título y que, a continuación, el contenido de las mismas es absolutamente ajeno y extraño a referido título su lo que las torna absolutamente imprevisibles.

2. Cláusulas Sorpresivas. Noción. El Texto en el Código Civil y Comercial. Noción

Se trata de cláusulas imprevisibles e inhabituales en los usos del tráfico. Son calificadas de insólitas⁷ pues colocan al consumidor en una situación más desventajosa y que razonablemente no podía imaginar, prever, ni contar con su existencia.

Por ejemplo, la ley alemana que regula el derecho de las condiciones generales del contrato (AGB-Gesetz) establece en su parágrafo 3: "No formarán parte del contrato las estipulaciones contenidas en las condiciones generales del contrato que, según las circunstancias, en particular según la apariencia externa del contrato, sean tan excepcionales que la contraparte del predisponente no las pueda prever".

Con relación al nuevo Código civil y comercial de la Nación, digamos que el último párrafo del artículo 988 del Código, el identificado con la letra c), constituye una novedad en nuestra legislación pues hace referencia a las cláusulas sorpresivas al aludir en la disposición al carácter más saliente y definitorio de las mismas: la imprevisibilidad. Dice así: "... c) las que por su contenido, redacción o presentación, no fuesen razonablemente previsibles".

⁷ FORNAGE ANNE-CHRISTINE, *La mise en oeuvre des droits du consommateur contractant*, LGDJ, París, 2011, pág. 237, quien añade que el consumidor contratante no se halla informado de manera calificada sobre la existencia de las cláusulas insólitas que son aquellas que provocan un desequilibrio extremo.



Sobre el particular, cabe señalar que las cláusulas sorpresivas constituyen una subcategoría o, si se prefiere, un desprendimiento de las cláusulas abusivas.

De allí que su examen requiera, con carácter previo, una consideraciones generales y el ensayo de una noción.

Las cláusulas sorpresivas participan del género de las cláusulas abusivas.

Los contratos por adhesión pueden llegar a contener cláusulas excepcionales, imprevisibles según las circunstancias y la materia objeto del contrato.

La cláusula se habrá de calificar de sorpresiva cuando su uso no sea habitual al contratar sobre la base de cláusulas predispuestas. En ese caso, no vincula al adherente, por no integrar el contenido usual o previsible del contrato.

Se trata de cláusulas tan insólitas que el adherente no imagina que integrarían el contenido del contrato.

Avanzando en estos desarrollos, pareciera que contribuye a perfilar más nítidamente el concepto de cláusula sorpresiva el cotejo que se efectúe entre la materia (objeto) del contrato y su contenido o marco regulatorio, con la configuración interna de la cláusula cuestionada.

Estimamos que la calificación de insólita, de inesperada, o inaudita de la referida cláusula, debe ser una conclusión natural del antedicho examen comparativo, del que resulte que su incorporación al contrato importa inequidad e irrazonabilidad. Obviamente provocan, como las cláusulas abusivas, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes que deberá ser apreciado al momento de la conclusión del contrato⁸.

⁸RAYMOND GUY, *Droit de la consommation*, Litec, París, 2011, nro. 465, pág.239

No es suficiente que la cláusula sorpresiva sea inesperada. Es preciso que se trate de una situación de acentuada inequidad (desequilibrio) y de subrayada anormalidad. Debe tratarse de una cláusula que no es normal incluir entre las cláusulas predispuestas con las que se opera; no se cuenta razonablemente con su inclusión. De allí que, apriorísticamente, no pueda formularse una lista de “cláusulas sorprendentes”. A lo sumo podrán enunciarse algunas conocidas. Y a medida que sean incluidas repetidamente, dejarán de constituir una sorpresa.

En consecuencia de lo hasta aquí expuesto, podemos sistematizar el criterio para considerar sorpresiva una cláusula predispuesta:

- a. En primer lugar se debe realizar un análisis total del “iter negocial” desde el comienzo de las negociaciones hasta la etapa formativa, lo que incluye la publicidad y, por ende, las expectativas (representación mental) normales generadas en el adherente de acuerdo con la materia introducida al “campo” contractual.
- b. La cláusula sorpresiva es aquella que se contradice (se halla en contraste) de modo trascendente con las expectativas legítimas y normales (razonables) que genera en el adherente un contrato de la naturaleza del concluido y que aparece insólitamente en el contenido del negocio, provocando una desnaturalización de la relación de equivalencia.



3. Control Administrativo y Judicial Sobre las Cláusulas de las Cláusulas Sorpresivas

El control de las cláusulas sorpresivas, no sólo tiende a garantizar la armonía necesaria en las relaciones de consumo sino que facilitan la protección del consumidor al contener los excesos del poder de negociación que se atribuye el predisponerte⁹.

Sobre el particular, cabe señalar:

- a. Si bien la/s cláusula sorpresiva constituye contenido de un contrato, deberá tenerse presente que conforma un límite impuesto por la ley, el orden público y la moral (art. 958, CCCN), por lo que carece de efecto vinculante (art. 959);
- b. Constituyen una infracción al principio de buena fe (arts. 9, 729 y 961, CCCN);
- c. Se halla definida como cláusula abusiva (art. 988 inc. c, CCCN) sin perjuicio de que porta una alta dosis de inmoralidad;
- d. De lo precedentemente expuesto, se desprende que le es aplicable el control previsto por el art. 989, CCCN ya que su aprobación administrativa no obsta al control judicial;
- e. De ello se deduce que si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finali-

⁹ SCHMITT CRISTIANO HEINECK, *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*, Revista dos Tribunais, San Paulo, 2008, pág. 158 y ss

- dad (art. 989 in fine, CCCN) lo que significa que el tema ingresa en la investigación de la causa del contrato (arts. 1012 y 281, CCCN);
- f. De allí que, a nuestro juicio, la actitud del predisponente de incluir cláusulas sorpresivas, constituya una infracción a los derechos del consumidor de recibir un trato digno y equitativo (arts. 1097 y 1098, CCCN) y una información cierta (art. 1100, CCCN) y que se remonta a la etapa precontractual como, por ejemplo, las técnicas publicitarias¹⁰ o cualquier estrategia de seducción¹¹ ya que, lo contrario incrementa la asimetría existente entre las partes¹²;
- g. Todo lo expuesto hasta aquí, justifica plenamente el control de incorporación que admite la declaración de abusiva a la cláusula sorpresiva, aunque haya sido negociada individualmente o aprobada por escrito (art. 1118, CCCN);
- h. Lo propio acontece con el control judicial, que tolera que la aprobación administrativa no constituya un obstáculo a su control (judicial); que se las tenga por no convenidas; que el juez declare la nulidad parcial del contrato y que, simultáneamente, lo deba integrar si no puede subsistir sin comprometer su finalidad (arts. 1122, incisos a), b) y c) y 1012 y 281, CCCN).

¹⁰ PAÑOS PÉREZ ALBA, *Derechos y garantías en el ámbito contractual*, Universidad de Almería, 2010, pág. 54 y ss

¹¹ PICOD IVES-DAVO HÉLÈNE, *Droit de la consommation*, ed. Armand Colin, París, 2005, pág. 67 y ss

¹² DIDIER PHILIPPE, *La oprotection du Choix de l'investisseur par l'informtion*, Revue juridique, Thémis 2015, volumen 49, nro.1, pág. 321 y ss



ANÁLISIS DE LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN EL DERECHO PORTUGUÉS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL^{*}

Teresa Estévez Abeleira¹

Resumen: El término consumidor, que designa a las personas que, por reunir unas determinadas condiciones, merecen ser tuteladas actualmente en Portugal por Ley n.º 24/96 -que deroga la Ley n.º 29/81-, y por las diferentes leyes sectoriales sobre la materia -que se promulgan para transponer las innumerables Directivas que, sobre la protección de los consumidores, se vienen aprobando desde principios de la década de los años 80-, no es único y requiere ser considerado atendiendo, fundamentalmente, a su posible extensión a las personas colectivas, valorando el destino que éstas y las personas singulares hagan de los bienes, servicios y derechos objeto de la relación de consumo, así como la condición de profesional de la contraparte. Su estudio se abordará desde la perspectiva del Derecho español.

* El presente trabajo es fruto de la estancia de investigación realizada en los meses de mayo a agosto de 2016 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, a cuyo catedrático, el Prof. Dr. António Pinto Monteiro, agradezco su disponibilidad personal y académica.

¹ Doctora en Derecho. Profesora asociada de Derecho civil de la Universidad de Vigo. Abogad.

Abstract: *The term 'consumer' in Portuguese law refers to persons who, on meeting certain conditions, are now governed by Portuguese Law No. 24/96 (which repeals Law No. 29/81) and by various sectoral laws, enacted to transpose numerous Directives on the protection of consumers approved since the beginning of the 1980s. The term is not unique but needs to be considered fundamentally in terms of its possible extension to juridical persons, evaluating the use both these and individuals make of goods, services and rights subject to the consumer relationship and evaluating, furthermore, the professional status of the counterparty. This study of the consumer will be addressed from the perspective of Spanish law.*

Palavras Chave: Derecho de los consumidores. Protección. Consumidores. Profesionales. Relación de consumo.

Key Words: Consumer law. Protection. Consumers. Professionals. Consumer relationship.

Sumario: I. PLANTEAMIENTO. – II. APROXIMACIÓN A LA LEGISLACIÓN PORTUGUESA Y ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.- 1. La Constitución portuguesa de 1976 y la Constitución española de 1978. – 2. Ley n.º 29/81, de 22 de agosto, de Defensa del Consumidor y sus coincidencias con las leyes españolas. – 3. Los vigentes textos legales portugués y español: Ley n.º 24/96, de 31 de Julio, de defensa del consumidor y Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.- 4. El Anteproyecto de Código de consumidor portugués de 2006. – 5. Las leyes sectoriales portuguesas y españolas en materia de consumidores. – III. LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR. – 1. Dificultad para definir al consumidor. – 2. La noción de consumidor en la Ley n.º 24/96 portuguesa. Consideraciones desde el Derecho español.- 2.1. Elemento subjetivo.- 2.2. Elemento objetivo.- 2.3. Elemento teleológico.- 2.4. La contraparte en la relación de consumo.- IV. CONCLUSIONES.

1. Planteamiento

Han pasado 54 años desde el conocido discurso del presidente John F. Kennedy en el Congreso de los EEUU el día 15 de marzo de 1962, en el que expresaba que “consumidores, por definición, somos todos nosotros”. No obstante el paso del tiempo, ese aserto no ha dejado de tener vigencia porque todas las personas, en uno u otro momento de su vida, actúan como consumidores, lo que les hace acreedoras de la protección dispensada por la legislación comunitaria y estatal -también autonómica, en el caso de España- dictada al efecto.

Como señala el Profesor PINTO MONTEIRO² “*proteger o consumidor não é mais do que proteger a pessoa humana, o cidadão, numa relação especial, a relação de consumo (...) através de regras específicas e adequadas*”, que estudiaremos en el presente trabajo en cuanto que contienen la noción de consumidor. Partiremos de la legislación portuguesa pero, asimismo, acudiremos a la legislación española protectora de los consumidores, tratando de hacer visibles los aspectos que nos acercan, así como los que nos separan, lo que se hará particularmente evidente en las opiniones doctrinales y sentencias judiciales sobre la materia.

² ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O Direito do Consumidor em Debate: Evolução e Desafios”, *I Congresso de Direito do consumo*, MORAIS CARVALHO (coord.), Almedina, Coimbra, 2016, p. 26.

2. Aproximación a la legislación portuguesa y española de protección de los consumidores

1. *La Constitución portuguesa de 1976 y la Constitución española de 1978.*

La Constitución portuguesa de 1976³, tras las revisiones de 1982 y 1989, eleva los derechos de los consumidores a la categoría de derechos fundamentales⁴, tal como reza el título de la Parte I, y pasa a recogerlos en el art. 60.º. Este precepto constituye, quizás, el precedente constitucional⁵ de la obligación impuesta por el art. 51 de la Constitución española a los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, en desarrollo del cual se dictó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, posteriormente revocada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley

³ En el presente estudio optamos por respetar el sistema utilizado por la doctrina jurídica portuguesa en las citas de preceptos legales, de instrumentos normativos y jurisprudencia portugueses, sin perjuicio de emplear el habitual en las citas de leyes y sentencias españolas.

⁴ Sobre los derechos de los consumidores como derechos fundamentales, vid. Ac. do STJ, de 08/03/2016, Processo n.º 1786/12.5TVLSB.L1.S1 (Helder Roque) y Ac. do TRP, de 26/06/2008, Processo n.º 0831242 (Ana Paula Lobo).

⁵ RAMÓN HERRERA DE LAS HERAS, "Las influencias internacionales en la legislación española sobre protección jurídica de los consumidores. Los verdaderos motivos de la Ley 44/2006", *El futuro de la protección jurídica de los consumidores (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los consumidores)*, TOMILLO URBINA (dir.) y ÁLVAREZ RUBIO (coord.), Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 622.



General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU).

Ahora bien, aunque la Constitución portuguesa, al igual que la española, instituye a los consumidores como titulares de derechos constitucionales, no define qué es un consumidor⁶. Tampoco lo hace el texto español⁷. Ello nos obliga a acudir a la legislación de protección de los consumidores, en Portugal integrada por una ley general de defensa de los consumidores y usuarios, desarrollada por varias leyes sectoriales, y, en España, por el TRLGDCU mencionado, que se completa también con legislación más específica en ciertas materias, que normalmente se dicta con el objeto de incorporar al Derecho interno las Directivas comunitarias.

2. Ley n.º 29/81, de 22 de agosto, de Defensa del Consumidor y sus coincidencias con las leyes españolas.

La primera ley-marco portuguesa en materia de protección de los consumidores fue la Ley n.º 29/81, de 22 de agosto, de Defensa del Consumidor. En su art. 2.º se incluye por primera vez en el Derecho portugués una definición de consumidor al señalar que “(p)ara os efeitos da presente lei, considera-se consumidor

⁶ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I (artigos 1º a 107º), 4ª edição revista, reimpressão, Coimbra ed., Coimbra, 2014, p. 780.

⁷ MANUEL REBOLLO PUIG y MANUEL IZQUIERDO CARRASCO, “Comentarios al artículo 51”, en *Comentarios a la Constitución española, XXX Aniversario*, CASAS BAAMONDE, y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER (dir.), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 1140.

todo aquele a quem sejam fornecidos bens ou serviços destinados ao seu uso privado por pessoa singular ou colectiva que exerça, com carácter profissional, uma actividade económica".

Lo que inicialmente llama la atención de este texto es la expresión "(p)ara los efectos de la presente ley", con la que el legislador portugués parecía querer circunscribir el concepto que pasaba a enunciar al ámbito de aplicación de la ley que lo contenía, al igual que ocurría y acontece actualmente en la legislación española, que emplea similar fórmula a la hora de definir a los consumidores, tanto en la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, como en el vigente TRLGDCU 1/2007, cuyos respectivos artículos 1.2 y 3.1 establecen: "(a) los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios (...)" y "(a) efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios (...)", limitándolo, si cabe, aún más que el derogado texto legal portugués, por cuanto que el concepto general contenido en la vigente Ley española valdrá sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en los Libros III y IV, lo que implica la existencia de otros conceptos diferentes en el mismo cuerpo legal⁸.

Pero lo verdaderamente significativo del concepto recogido por el texto portugués derogado era la posibilidad de reconocer en él no sólo un elemento subjetivo, al incluir la expresión "todo aquel" -que era a quien iba dirigida la aplicación de la Ley-, sino también un elemento objetivo "bienes o servicios", además de un elemento teleológico, ya que tenía particular trascendencia que el destino de tales efectos fuese "para su

⁸ El de perjudicado por bienes o servicios defectuosos (Libro III) y el de consumidor o usuario de viajes combinados (Libro IV).

uso privado”, sin olvidar que todos ellos se encontraban ligados por la relación de consumo existente entre el consumidor y la contraparte, a la que se refería el legislador al emplear la expresión “sean suministrados”⁹.

Del mismo modo, podríamos pronunciarnos al hacer el examen del texto español de 1984, en el que después de señalar que serían consumidores o usuarios “las personas físicas o jurídicas”, aludía al criterio finalista del concepto al señalar que esos consumidores o usuarios “adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales” los bienes o servicios que el legislador pasaba a enumerar a continuación de manera profusa, pudiendo ser tales “bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva”, para terminar por referirse al criterio relacional que ligaba al consumidor o usuario con “quienes (...) producen, facilitan, suministran o expiden” los bienes o servicios mencionados.

3. Los vigentes textos legales portugués y español: Ley n.º 24/96, de 31 de Julio, de defensa del consumidor y Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

La vigente Ley n.º 24/96, de 31 de Julio, que es asimismo

⁹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 1982, p. 221.

una ley-marco¹⁰, incluye en su art. 2.º-1 el concepto de consumidor al establecer: “*Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios*”, cuyo estudio abordaremos seguidamente.

Por su parte, el art. 3 del TRLGDCU¹¹ español establece: “(a) efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

En esta definición pueden apreciarse, en una primera aproximación, tal como recoge su Exposición de Motivos, que el texto refundido español “pretende aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria”, y, aun manteniéndose fiel el legislador español a las peculiaridades de nuestro ordenamiento en cuanto a la utilización de la expresión “consumidores y usuarios”¹² y a la inclusión en el concepto de las personas jurídicas,

¹⁰ SANDRINA LAURENTINO, “Os destinatarios da legislação do consumidor”, *Estudos de Direito do consumo*, 2 (2000), p. 418.

¹¹ Su redacción actual se debe a la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

¹² SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA, “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, *Revista Doctrinal Aran-*



introduce un concepto de consumidor y usuario que se adapta a la terminología comunitaria¹³, lo que le diferencia de la noción consagrada en el Derecho portugués.

4. El Anteproyecto de Código de consumidor portugués de 2006

El Anteproyecto de Código del consumidor incluía en su art. 10.º una noción de consumidor en los siguientes términos: *"1. Considera-se consumidor a pessoa singular que actue para a prossecução de fins alheios ao âmbito da sua actividade profissional, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou colectiva, se apresenta como profissional. 2. Não obsta à qualificação nos termos do número anterior o facto de essa relação ser estabelecida com organismos da Administração Pública, com pessoas colectivas públicas, com empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, com as Regiões Autónomas ou com as autarquías locais e com empresas concessionárias de serviços públicos"*.

Y, a continuación, en el art. 11.º, extendía el régimen de aplicación a personas diferentes de las contempladas en el artículo precedente: *"1. As pessoas colectivas só beneficiam do regime que este diploma reserva ao consumidor se provarem que não dispõem nem devem dispor de competencia espe-*

zadi Civil-Mercantil –Estudio-, 1 (2008), § III.1, defiende la sustitución del concepto bimembre por el de "consumidor", más en sintonía con el Derecho comparado.

¹³ SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "La codificación del Derecho de consumo: ¿Refundación o Refundición?", *Revista de Derecho civil –Estudios-I*, vol. II, 1(2015), p. 107.

cífica para a transacção em causa e desde que a solução se mostre de acordo com a equidade. 2. O disposto no número anterior aplica-se também às pessoas singulares que actuem para a prossecução de fins que pertençam ao âmbito da sua actividade profissional”.

El concepto de consumidor propuesto por tal Anteproyecto presentaba ciertas similitudes con el plasmado un año más tarde en el vigente TRLGDCU español porque, en primer lugar, uno y otro cuerpo normativo determinan como destinatarios de los mismos tanto a las personas físicas como jurídicas; en éste se incluyen ambas en el propio concepto general; en aquél, el legislador, después de referirse únicamente a las personas singulares, extiende el régimen protector a las personas colectivas que cumplan ciertas condiciones. Y, en segundo lugar, porque el texto español, abandonando la expresión “destinatario final” que había empleado en el cuerpo normativo de 1984, pasa a referirse a “las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”, en parecidos términos a los empleados anteriormente por el Anteproyecto portugués, que se refiere a la “persona singular que actúe para la consecución de fines ajenos al ámbito de su actividad profesional”.

Pero, no obstante los esfuerzos realizados en la elaboración de este Anteproyecto de Código, en la línea del proceso codificador del Derecho del consumidor iniciado en Francia en 1993¹⁴ y seguido por Italia en 2005¹⁵, y, más recientemente, por

¹⁴ El *Code de la consommation* de Francia fue aprobado por la Ley nº 93-949, de 28 de julio de 1993.

¹⁵ El *Codice del Consumo* italiano, aprobado por Decreto legislativo n.º 206, de 6 septiembre 2005, *Gazzetta Ufficiale* n.º 235, de 8 de octubre de 2005, ha



Luxemburgo en 2011¹⁶, lo cierto es que tal documento no pasó de ser un Proyecto, confidencial¹⁷, entregado al Gobierno por su Comisión redactora.

5. Las leyes sectoriales portuguesas y españolas en materia de consumidores.

Entre los textos legales sectoriales podemos distinguir entre los que contienen una noción restrictiva de consumidor y los que incluyen una noción amplia. Entre los primeros se encuentra el DL n.º 133/2009, de 02 de Junio, de contratos de crédito a consumidores¹⁸; y el DL n.º 24/2014, sobre contratos celebrados a distancia, contratos celebrados fuera del establecimiento y otras modalidades de contratación¹⁹; además de la Ley española último-mente modificado por el DL n.º 21, de 21 de febrero de 2014.

¹⁶ El Code de la consommation de Luxemburgo fue aprobado por la Ley de 8 abril 2011 (Mém. A - 69 du 12 avril 2011, p. 1120; doc. parl. 5881A; dir. 2008/48 et 2008/122), modificada último-mente por la Ley de 17 de febrero de 2016.

¹⁷ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "A contratação em massa e a protecção do consumidor numa economía globalizada", *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. I, MARQUES GUEDES, et al. (org.), Coimbra ed., Coimbra, 2013, pp. 258-259.

¹⁸ Art. 4-1-a) que "1 - Para efeitos da aplicação do presente decreto-lei, entende-se por: a) «Consumidor» a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente decreto-lei, atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional". Tal concepto es reproducido por el Ac. do STJ, de 9 de julio de 2015, Processo n.º 20983/2010 (Fernandes do Vale) para señalar que la aplicación del DL regulador de los contratos de créditos a consumidores está condicionado a que el destinatario sea un consumidor que reúna los requisitos de su articulado.

¹⁹ Art. 3.º-c): "Para efeitos do presente decreto -lei, entende -se por: «Consumidor», a pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional".

la 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo²⁰.

En la definición restrictiva contenida en estos textos legales es posible resaltar dos criterios definitorios; por un lado, la condición de persona física o singular del beneficiario de la protección específica proporcionada por la respectiva ley y, por otro lado, la exigencia de una actuación no profesional, lo que implica excluir de esa noción restrictiva a las personas colectivas y a las personas singulares que, aun realizando una actividad de consumo, persigan con ella objetivos profesionales o mixtos, esto es, simultáneamente de carácter personal o familiar y profesional.

Entre los segundos, es decir, entre los textos normativos que plasman una noción amplia de consumidor, cabría referirse al DL n.º 29/2006, de 15 de febrero, modificado por los DL n.º 104/2010, 78/2011, 75/2012, 112/2012 y 215-A/2012, que establece las bases generales de la organización y funcionamiento del SEN y de sus intervinientes²¹.

Tal variedad de leyes generales y aún sectoriales estatales sobre protección y defensa de los consumidores conlleva una importante diversificación de las nociones de consumidor, lo que da una idea de los diferentes matices que presenta la cuestión que nos ocupa²². Por ello, la doctrina francesa ha lle-

²⁰ Art. 2.1: "A efectos de esta Ley, se entenderá por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional".

²¹ Art. 3º.I): "Para efeitos do presente decreto-lei, entende se por: «Consumidor» o cliente final de electricidade".

²² LAURENCE LANDY, "Le consommateur européen: une notion éclatée", en *Vers un Code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des États-membres de l'Union européenne*, OSMAN (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 71.

gado a destacar el carácter indeterminado²³, heterogéneo²⁴ o, incluso, vago²⁵ del concepto de consumidor²⁶.

En el presente estudio nos centraremos en los textos portugués y español de aplicación general.

6. La noción de consumidor.

“¿Qué es al final un consumidor? Un consumidor es un ciudadano en el desempeño de su papel de consumir. ¡Papel que es imposible no desempeñar! (...) ¡Por eso mismo, un ciudadano es siempre un consumidor!”²⁷, lo cual justifica sobradamente, ¡cómo no!, el estudio de quién sea ese consumidor.

²³ GÉRARD CAS et DIDIER FERRIER, *Traité de droit de la consommation*, PUF, Paris, 1986, p. 9: “force est de reconnaître que cette notion échappe à toute définition précise”.

²⁴ LAURENCE LANDY, *ob. cit.*, pp. 67-71, refiriéndose a la diversidad de nociones de consumidor contenidas en las diferentes Directivas comunitarias.

²⁵ GEORGES BERLIOZ, “Droit de la consommation et droit des contrats”, *La Semaine juridique -Doctrine-* 39 y 40 (1979), 2954, n° 9.

²⁶ En el ámbito del Derecho portugués, JORGE PEGADO LIZ, *Introdução ao Direito e à política do consumo*, ed. Notícias, Lisboa, 1999, p. 210, ha llegado a defender que la noción de consumidor no es sólo técnicamente inadecuada, sino también inútil al efecto de servir de apoyo y fundamento de la autonomía del Derecho de “consumo” (sic.).

²⁷ MÁRIO TENREIRO, “O consumidor como artesão de um novo paradigma político”, en *Estudos de Direito do Consumo. Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, vol. I, FERREIRA DE ALMEIDA et alif. (coord.), DECO, 2016, p. 406.

1. **Dificultad para definir al consumidor.**

La concreción de quiénes sean los consumidores²⁸ en cuanto destinatarios de una legislación dictada al objeto de protegerles²⁹, frente al profesional o empresario³⁰, no es tarea sencilla.

Las relaciones de consumo se entablan entre los consumidores, que representan la parte débil³¹ -por ello, se les proporciona una especial protección-, y el profesional o empresario, al que se le supone fuerte y organizado³². En la jurisprudencia del TJUE³³ son numerosos los ejemplos de sentencias que reflejan que la especial tutela que el legislador proporciona al consumidor frente al empresario encuentra su justificación en la inferioridad

²⁸ En el presente trabajo nos centraremos en la noción de consumidor en sentido estricto y no nos detendremos en el sentido lato del concepto, según el cual consumidor es todo aquél que adquiere, posee o utiliza un bien con el objetivo de consumirlo, lo que permite identificar como consumidor a todo aquél que adquiere bienes para satisfacer necesidades personales o familiares y aún profesionales.

²⁹ Como señala LUIS DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, "En torno al concepto legal de consumidor", *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 1897, "la delimitación de un concepto de consumidor es, al mismo tiempo, una delimitación del ámbito de la protección" de la legislación protectora de los consumidores.

³⁰ Mientras que en el Derecho portugués es constante la referencia al profesional, como la contraparte del consumidor en la relación de consumo, en el Derecho español, en cambio, la mención del empresario es la habitual.

³¹ Por todos, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Do Direito do consumo ao Código do consumidor", *Estudos de Direito de consumidor*, 1 (1999), p. 210.

³² PHILIPPE MALINVAUD, "La protection des consommateurs", *Recueil Dalloz Sirey de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation*, 7 cahier -Chronique- (1981), p. 62.

³³ STJUE de 14 de marzo de 2013, (asunto C-419/11), ponente M. ILESIC, TOL3.297.917, § 33.



económica, negociadora e informativa de aquél frente a éste³⁴.

A pesar de la dificultad, debe ser la primera labor que se acometa al estudiar el Derecho de los consumidores³⁵, no obstante entrañar una "contradicción intrínseca y diabólica" en tanto que cuanto más se quiera precisar, para hacerla manejable y útil, se transformará en una noción "artificiosa, arbitraria, alejada de razones sociales, excluyente de ciertas categorías de contratantes en las que concurre la misma razón de protección"³⁶.

2. La noción de consumidor en la Ley n.º 24/96 portuguesa. Consideraciones desde el Derecho español.

En el art. 2.º-1 de la Ley n.º 24/96 se elimina la expresión "(p)ara los efectos de la presente ley" de la Ley 29/81, lo cual se interpreta por un sector doctrinal como la voluntad del legislador de elaborar una definición con vocación universal y válida para todo el ordenamiento jurídico³⁷. Sin embargo, tal interpretación parece chocar con la falta de uniformidad que evidencian las

³⁴ SERGIO CÁMARA LAPUENTE, S.: "La codificación ...", *cit.*, p. 106.

³⁵ JEAN CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, 3 édition, Dalloz-Sirey, Paris, 1992, p. 2.

³⁶ MIGUEL PASQUAU LIAÑO, "Protección de los consumidores y Código civil: ¿integración o distinción?", en *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho contractual en España: Incluye la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, ALBIEZ DOHRMANN (coord.), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 497-498. En la doctrina portuguesa, también ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Sobre o Direito do consumidor em Portugal", *Estudos de Direito do Consumidor*, 4 (2002), p. 133, mostraba su recelo a incluir una noción de consumidor en el Anteproyecto de Código del consumidor porque *omnis definitio periculosa est*.

³⁷ JORGE PEGADO LIZ, *ob. cit.*, p. 186.

diferentes leyes sectoriales portuguesas al incluir en su articulado diferentes conceptos de consumidor, que circunscriben al ámbito jurídico de aplicación de la norma respectiva, al igual que ocurre en la legislación española. Tales nociones tendrán carácter preeminente respecto del concepto genérico de la Ley de Defensa del consumidor, al que, no obstante, habrá que recurrir en los casos de ausencia de previsión legal al respecto.

Para un estudio exhaustivo de la noción legal de consumidor recurriremos a la estructura que la doctrina portuguesa tradicionalmente emplea para su análisis, distinguiendo el elemento subjetivo, objetivo, teleológico y relacional (en referencia a la contraparte de la relación de consumo) del concepto³⁸.

2.1. Elemento subjetivo.

El elemento subjetivo de la noción de consumidor en la Ley portuguesa es "todo aquel" a quien le sean suministrados bienes, servicios y derechos en una relación de consumo. Al igual que la Ley derogada, la vigente no especifica si el consumidor sólo puede ser una persona física, o si también es posible encajar en el concepto de consumidor a las personas jurídicas³⁹, lo que obliga a acudir a la interpretación doctrinal y

³⁸ Ha sido utilizada por CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, C.: *Os direitos ...*, cit., pp. 208-217, al analizar el texto de la Ley n.º 29/81; y, posteriormente, en CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 29-33, para analizar la noción de la Ley n.º 24/96. Más recientemente, por JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 17-23.

³⁹ En la nomenclatura tradicional portuguesa, se emplea la expresión personas colectivas para referirse a las personas jurídicas, y los términos personas



jurisprudencial sobre la materia, a diferencia de lo que ocurre en el TRLGDCU español, en el que expresamente se incluye una definición de consumidor y usuario que engloba tanto a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, como a las personas jurídicas y a las entidades personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial⁴⁰. La doctrina española señala que, no obstante la literalidad del texto legal, no bastará que esas personas jurídicas actúen en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial, sino que será necesario que, además, cumplan los mismos requisitos que la legislación exige a las personas físicas y que su objeto social no incorpore una actividad de este tipo⁴¹.

Pero volvamos a la Ley n.º 24/96. La doctrina portuguesa se muestra, en general, favorable a incluir tanto a la persona

singulares o naturales para referirse a las personas físicas, tal como indica CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do consumo*, cit., pp. 30-31.

⁴⁰ Sobre el particular, RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Comentario del Libro I: Título I: Capítulo I", *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 61, nota 57, señala que la inclusión de las personas jurídicas y aun de las entidades sin personalidad jurídica en la definición de consumidor del texto español no plantea problema alguno, aunque no se englobe en la definición de la Directiva 2011/83/UE, que pretende una armonización plena, pues quedando fuera de su ámbito de aplicación, se trata de una materia no armonizada sobre la que los Estados miembros tienen plena libertad de regulación. Este parece ser, asimismo, el sentido de la STJCE de 14 de marzo de 1991 (Caso Di Pinto contra Di Pinto), ponente, RENÉ JOLIET, *TJCE* 1991, marg. 155, § 22.

⁴¹ ÁNGEL CARRASCO PERERA, "La defensa de los consumidores y usuarios: ámbito de aplicación y alcance de la refundición", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, disponible en <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/comentarios/4.pdf> (06/07/2016).

física como jurídica⁴², no obstante la ausencia de previsión legal al respecto, siempre que ésta no tenga competencia específica en la actividad de consumo en que participe. Lo cierto es que la doctrina ya hacía esta interpretación respecto del texto de la Ley 29/81, estimando que si el legislador no quiso tomar postura en la cuestión debía concluirse que también las personas jurídicas debían considerarse como consumidores⁴³.

Por el contrario, la jurisprudencia, mayoritariamente, limita la noción de consumidor a las personas singulares, y así se plasma en los Ac. do STJ, de 20/10/2011⁴⁴, de 09/07/2015⁴⁵, y de 08/10/2015⁴⁶, con la excepción, según hemos podido constatar, de los Ac. do TRL, de 17/06/2004⁴⁷; TRP, de 11/09/2008⁴⁸; y STJ, de 29 de mayo de 2014⁴⁹, que extienden el concepto de consumidor a las personas colectivas.

Asimismo, los textos legales sectoriales que transponen al ordenamiento jurídico portugués las Directivas comunitarias

⁴² Entre otros, PAULO DUARTE, "O conceito jurídico de consumidor, segundo o art. 2.º/1 da Lei de defesa do consumidor", *Boletim da Faculdade de Direito LXXV* (1999) (pp. 649-703), pp. 661 y 663. En contra, TERESA ALMEIDA, *Lei de defesa do consumidor anotada*, Instituto do consumidor, Lisboa, 2001, p. 11.

⁴³ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos ...*, cit., p. 222.

⁴⁴ Processo n.º 1097/04.0TBLE.E1.S1 (Moreira Alves).

⁴⁵ Processo n.º 20983/10.1YYLSB-A.L1.S1 (Fernandes do Vale).

⁴⁶ Processo n.º 1944/2011 (João Bernardo).

⁴⁷ Processo n.º 4735/2004-6 (Gil Roque), en el que se amplía la noción de consumidor a una sociedad comercial que adquiere un bien y celebra un contrato de crédito al consumo.

⁴⁸ Processo n.º 0834643 (Fernando Baptista), en el que se prolonga la noción de consumidor a un promotor inmobiliario.

⁴⁹ Processo n.º 1092/10.0TBLS-D-G.P1.S1 (João Bernardo), en el que se considera consumidor a una sociedad unipersonal con local abierto al público dedicado a la venta de artículos para el hogar.



asumen el concepto restrictivo de consumidor y, en este sentido, cabe referirse, entre otros, al DL n.º 57/2008, de 26 de Marzo; al DL n.º 133/2009, de 02 de Junio y al DL n.º 24/2014, de 14 de Febrero, cuyos arts. 3º, 4º y 3º, respectivamente, limitan a las personas singulares el concepto de consumidor, a los efectos de los respectivos Decretos-Ley.

En cambio, el Anteproyecto de Código del consumidor, que pretendía consagrar una noción legal de consumidor que sirviese para todos los casos en que hubieran de adoptarse medidas teniendo como destinatario al consumidor⁵⁰, después de señalar en su art. 10.º -siguiendo la estela marcada por las Directivas comunitarias- que consumidor es la persona singular o física, extendía su régimen de aplicación a las personas colectivas o jurídicas al establecer en su art. 11.º-1 que *“As pessoas colectivas só beneficiam do regime que este diploma reserva ao consumidor se provarem que não dispõem nem devem dispor de competência específica para a transacção em causa e desde que a solução se mostre de acordo com a equidade”*.

Es decir, después de restringir la cualidad de consumidor a las personas físicas, permitía en ciertos casos, cumpliendo determinados presupuestos, la extensión a las personas jurídicas del régimen en principio reservado al consumidor-persona física⁵¹. Se entendía que las personas colectivas no son consumi-

⁵⁰ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O Anteprojecto do Código do Consumidor”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 135º (março-abril 2006), p. 192.

⁵¹ SERGIO CÁMARA LAPUENTE, “Concepto general de consumidor y usuario”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y Reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE (dir.), Colex, Madrid, 2011, pp. 130-131, ve en el planteamiento del Anteproyecto portugués una opción adecuada al extender a las personas jurídicas la protección de los estrictos consumidores, si bien deja en suspenso la

dores pero que, en determinados supuestos, si pueden probar que carecen de competencia específica para la transacción que realicen y que la solución está de acuerdo con la equidad, pueden beneficiarse del régimen que la ley reserva al consumidor⁵², lo que, a nuestro parecer, podría provocar inseguridad jurídica y la necesidad de que los jueces hubiesen de analizar caso por caso cada situación, con la consiguiente incertidumbre acerca de la solución que finalmente se adopte⁵³.

2.2. Elemento objetivo.

El texto de la Ley n.º 24/96, a diferencia de la Ley n.º 29/81, amplía los términos con los que hace mención del ámbito objetivo al que se circunscribe la noción de consumidor, contemplando no sólo los “bienes o servicios”⁵⁴, sino también la

comprobación de si ello es legalmente factible y conveniente y si hubiera de incluirse algún parámetro adicional de delimitación.

⁵² ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Harmonização legislativa e protecção do consumidor (a propósito do Anteprojecto do Código do Consumidor português), *Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, 2008 (edición especial), p. 196.

⁵³ En este sentido se pronuncia, interpretando el Derecho francés, JEAN CALAIS-AULOY, “La notion de consommateur en droit français et en droit communautaire”, en *Liber Amicorum Bernd Stauder. Droit de la consommation. Konsumentenrecht. Consumer Law*, Faculté de Droit de Genève - Nomos-Schulthess, Genève, 2006, pp. 74-75.

⁵⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Negócio jurídico de consumo. Caracterização, fundamentação e regime jurídico”, *Boletim do Ministerio da Justiça* 347 (1985), p. 16, comentando la Ley 29/81, señaló que, aunque el dinero, en sí mismo, no es un bien de consumo, sí constituye el objeto adecuado de un negocio jurídico de consumo cuando funciona como elemento de intercambio con un bien de consumo, siendo éste el que confiere al negocio jurídico la naturaleza específica de ne-



transmisión de “cualesquiera derechos”, lo que lleva a la doctrina portuguesa a afirmar que tal expresión parece abarcar cualquier relación de consumo establecida entre las partes⁵⁵.

En lo que se refiere a los bienes y servicios, la opinión de la doctrina no es pacífica. Existen dos tendencias claramente diferenciadas, defendiendo la primera la restricción de tal expresión a los bienes de consumo, excluyendo los bienes de producción⁵⁶, y sosteniendo la segunda que el objeto pueden serlo cualesquiera bienes⁵⁷ o cualesquiera servicios, con la limitación que impone el elemento teleológico que veremos seguidamente y que se refiere al uso no profesional de los mismos. Creemos que esta segunda interpretación resulta más adecuada por entender que los bienes y servicios suministrados en el negocio jurídico de consumo, esto es, los bienes de consumo, pueden serlo, en general, las cosas o servicios susceptibles de ser utilizados para la satisfacción de necesidades personales o privadas, ya sea un bien mueble o inmueble, fungible o no fungible, perecedero o no perecedero⁵⁸.

gocio jurídico de consumo. Posteriormente, interpretando la Ley 24/96, en CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do consumo, cit.*, p. 32, señala que, en la actualidad, el dinero, además de ser contrapartida normal en contratos de consumo, es también un bien de consumo cuando es objeto de contratos de crédito al consumo.

⁵⁵ JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p. 19. JORGE PEGADO LIZ, *ob. cit.*, p. 188.

⁵⁶ LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, “O Direito do consumo: autonomização e configuração dogmática”, *Estudos do Instituto de Direito do consumo*, vol. I (2002), p. 23.

⁵⁷ THIERRY BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Story Scientia, Bruxelles, 1988, p. 55.

⁵⁸ LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 23, en los mismos términos que, años antes, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Negócio jurídico ...”, *cit.*, p. 15.

En cuanto a la adición de “cualesquiera derechos”⁵⁹ en el concepto de consumidor, no parece que suponga una ampliación del elemento objetivo por cuanto toda transmisión de derechos implica el suministro de bienes o la prestación de servicios y, en consecuencia, a ellos debe reconducirse la mencionada expresión, que nada nuevo aporta⁶⁰.

En el ámbito de los textos legislativos sectoriales el elemento objetivo viene determinado por el objeto de la ley y, mientras que el DL 67/2003 tiene por objeto los contratos de suministro de bienes de consumo a fabricar o a producir y de arrendamiento de bienes de consumo; el DL 133/2009 tiene por objeto los contratos de crédito a consumidores; el DL 61/2011 tiene por objeto el régimen de acceso y de ejercicio de la actividad de las agencias de viaje; y el DL 24/2014 tiene por objeto los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimiento comercial y turismo.

En el texto del Anteproyecto de 2006 se omitió cualquier referencia al elemento objetivo en la noción de consumidor, al igual que en el TRLGDCU español y en la legislación sectorial que se mantiene fuera de éste, a diferencia de la pormenorizada relación que el texto de 1984 hacía refiriéndose a los “bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones”.

En cuanto al TRLGDCU, se hace una referencia incidental a los bienes y servicios objeto de las relaciones de consumo al

⁵⁹ En sede de internet, señala SARA LARCHER, “Contratos celebrados através da internet: garantias dos consumidores contra vícios na compra e venda de bens de consumo”, *Estudos do Instituto de Direito do consumo*, vol. II (2005), p. 171, este concepto tiene una relevancia extrema.

⁶⁰ BELÉN TRIGO GARCÍA, “La nueva ley portuguesa de defensa de los consumidores”, *Actualidad civil -Sección Doctrina-*, 20 (1997), p. 455. En el mismo sentido, PAULO DUARTE, *ob. cit.*, p. 671, nota 50.



mencionar los que produzca, suministre o distribuya el empresario -ya productor, ya proveedor⁶¹-, o al aludir a que todo consumidor perjudicado como consecuencia de bienes o servicios defectuosos⁶² tiene derecho a ser indemnizado, o al determinar el ámbito de aplicación del Libro Cuarto "Viajes combinados", señalando que será la oferta, contratación y ejecución de las vacaciones, los circuitos y los viajes combinados.

Por lo que se refiere a la legislación sectorial española, cabe citar la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, de la que se infiere que el consumidor lo es en tanto que celebra un contrato de crédito con un prestamista bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación, al que será de aplicación el texto legal referido; o la Ley 4/2012, de 6 de julio, de la que resulta que el consumidor es el perceptor de derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y de productos vacacionales de larga duración, o del derecho a disfrutar de un alojamiento o de otros servicios a cambio de conceder a otras personas un disfrute temporal de las ventajas que suponen los derechos derivados de su contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico⁶³.

⁶¹ Arts. 5-7 TRLGDCU.

⁶² Art. 128 TRLGDCU.

⁶³ Vid. arts. 1-6 de la Ley 4/2012.

2.3. Elemento teleológico.

Se trata del elemento esencial de la noción de consumidor en el Derecho portugués⁶⁴, pues será tal todo aquel a quien le sean suministrados bienes, prestados servicios o transmitidos cualesquiera derechos “destinados a un uso no profesional”, esto es, personal, familiar o doméstico⁶⁵, que el legislador español ha plasmado con la expresión “actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”, cuando se refiere a las personas físicas, y con la locución “actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”, cuando alude a las personas jurídicas, lo que implica que los bienes o servicios han de destinarse al desarrollo de una actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada.

En este sentido, es preciso resaltar que la condición de consumidor no puede equipararse a una categoría de personas, porque todos los ciudadanos pueden en un momento u otro actuar como consumidores, tal como hemos señalado an-

⁶⁴ En el mismo sentido, JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO, “La posición del consumidor y del usuario en el Ordenamiento jurídico español”, en *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 66, respecto de la noción de consumidor en el Derecho español.

⁶⁵ En este sentido, entre la doctrina portuguesa, JORGE PEGADO LIZ, *ob. cit.*, p. 192. En el ámbito de la doctrina española, entre otros, IÑAKI ZURUTUZA ARIGITA, “Perspectiva comunitaria, estatal y autonómica del concepto de consumidor”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil –Estudio-*, 6 (2013), § III.2.A; y CARLOS LARSARTE ALVAREZ, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 7ª ed. revisada y actualizada, Dykinson, Madrid, 2015, p. 56.



teriormente. Así lo expresa la STJCE de 3 de julio de 1997⁶⁶: “para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor, concepto que debe interpretarse de forma restrictiva, hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona (ya que) (...) una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto a otras”.

La expresión “destinados a uso no profesional” sustituye a la frase “uso privado” de la Ley anterior, lo que en opinión de cierto sector de la doctrina portuguesa no supone novedad alguna⁶⁷, por entender que tales expresiones reflejan una formulación negativa –uso no profesional⁶⁸–, en el primer caso, y otra positiva –uso privado–, en el segundo caso⁶⁹, referidas ambas a la finalidad perseguida por la relación de consumo. En contra, otro sector doctrinal afirma que la nueva redacción supone la ampliación del campo de aplicación de la Ley al comprender en la expresión “uso no profesional” tanto los actos destinados a uso privado, personal o familiar, del propio consumidor, como los actos que, sin haber sido efectivamente destinados a un uso privado, no quepa identificar con el ejercicio profesional de

⁶⁶ Caso Francesco Benincasa contra Dentalkit Srl, ponente CONSTANTINOS KAKOURIS, *TJCE* 1997, marg. 142, § 16.

⁶⁷ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos ...*, *cit.*, pp. 209-210, seguido por JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p. 20.

⁶⁸ Podríamos identificar con el criterio negativo del Derecho portugués la formulación realizada por el legislador español de 2007 –propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, en el caso de las personas físicas, y ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, tratándose de personas jurídicas–.

⁶⁹ LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 20.

cualquier actividad económica⁷⁰.

Pero, ¿cabría, asimismo, extender la protección que ofrece la normativa reguladora de los consumidores en favor de quienes, aun destinando los bienes o servicios a un uso profesional, actúan fuera del ámbito de su competencia específica, de su especialidad? De lo que se trata, en definitiva, es de valorar la posibilidad de extender la noción de consumidor a otras personas diferentes de los que, estrictamente, cumplen con la condición de "uso no profesional" contenida en el concepto.

No cabe duda de que el criterio de la especialidad/competencia, que ha sido empleado tanto por la doctrina portuguesa como por la doctrina española para determinar quién puede acogerse al régimen protector de los consumidores, tiene particular trascendencia. En este sentido, es necesario insistir en que la legislación del consumidor tiene carácter protector en favor del que se supone que en la relación de consumo es la parte débil, para contrarrestar la desigualdad entre éste y el profesional⁷¹, por lo que la competencia que el interesado pueda tener en el ámbito de la relación de consumo en que inter venga podría no ser una cuestión menor⁷². En ese caso, dice

⁷⁰ PAULO DUARTE, *ob. cit.*, pp. 674-675.

⁷¹ En el mismo sentido, la STJUE de 14 de marzo de 2013 (Caso *Ceská spořitelna, a.s. contra Gerald Feichter*), ponente M. ILESIC, *TJCE* 2013, marg. 88, § 33, al establecer: "De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende también que la función del régimen particular que establecen las disposiciones del Convenio de Bruselas sobre la competencia en materia de contratos celebrados con consumidores consiste en garantizar una protección adecuada al consumidor en cuanto parte del contrato que se considera económicamente más débil y jurídicamente menos experta que su cocontratante profesional".

⁷² Sobre el particular, ANNE SINAY-CYTERMANN, "Protection ou surprotection du consommateur?", *La Semaine Juridique, Éd. G.*, 48 (1994), pp. 511 y 515, se pregunta si en realidad no hay sobreprotección del consumidor cuando los profe-



algún autor, de lo que se trata es de saber si el consumidor puede discutir los términos del contrato que celebre, pues el consumidor puede ser un especialista⁷³.

Según la letra de la ley portuguesa, no puede considerarse consumidor a quien obtiene o utiliza bienes o servicios para satisfacción de las necesidades de su profesión o empresa⁷⁴. A partir de ahí la doctrina portuguesa se ha dividido en dos posiciones perfectamente diferenciadas, pues no siempre es posible distinguir claramente el uso profesional del uso no profesional⁷⁵.

Para cierto sector de la doctrina portuguesa, la expresión “uso no profesional” excluye de la noción de consumidor a todas las personas, ya sean físicas o jurídicas, que actúan en el ámbito de una actividad profesional⁷⁶, con independencia de que tengan o no conocimientos específicos sobre el negocio jurídico que realicen⁷⁷. Sin embargo, para otros autores portugueses⁷⁸, la finalidad “no profesional” de la utilización de los bienes y servicios contenida en el texto legal vigente permite entender que también son consumidores los profesionales que adquieran bienes o servicios a otros profesionales, siempre que carezcan

sionales se convierten en consumidores por contratar fuera de su esfera habitual de actividad.

⁷³ GEORGES BERLIOZ, *ob. cit.*, nº 13.

⁷⁴ En este sentido se pronuncia también la doctrina francesa, JEAN CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, *ob. cit.*, p. 9.

⁷⁵ GÉRARD CAS et DIDIER FERRIER, *Traité de droit ...*, *ob. cit.*, p. 11.

⁷⁶ También el Ac. do STJ, de 11 de marzo de 2003, *Processo nº. 4341/02* (Afonso Moreira Correia) y el Ac. do STJ de 8 de octubre de 2015, *Processo nº. 1944/2011* (João Luís Marques Bernardo).

⁷⁷ JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p. 21.

⁷⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito civil*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 330.

de competencia específica en la relación de consumo particular que realicen, porque fuera de su especialidad el profesional es, también, un profano⁷⁹ y, por tanto, se encuentra en el mismo estado de ignorancia que cualquier consumidor⁸⁰. En este sentido, el Ac. do TRL, de 18 de junio de 2013⁸¹, se inclina claramente por extender la noción de consumidor a quienes carezcan de esa competencia profesional sobre la materia del contrato:

“Casuisticamente, pode-se estender a protecção devida ao consumidor, a determinada entidade que exerça de forma profissional uma certa actividade económica, visando obter benefícios, desde que não sendo idêntica ao outro contraente, nem tendo em vista dar um destino empresarial aos bens ou serviços adquiridos, actue fora do âmbito da sua especialidade, competência própria ou objecto específico da sua actividade, não dispondo, assim, de preparação técnica, por a utilização do bem adquirido se encontrar fora do domínio da sua especialidade, de modo a que se mostre em relação ao bem que adquiriu, tão leiga como um consumidor”.

Esta postura exige interpretar caso por caso cuál sea efectivamente la cualificación especial y el destino de los bienes o servicios lo que, en nuestra opinión, podría provocar inseguridad jurídica⁸².

En el Anteproyecto de Código del consumidor se abordó explícitamente la cuestión de la extensión de la protección del

⁷⁹ GÉRARD CAS et DIDIER FERRIER, *Traité de droit ...*, ob. cit., p. 9.

⁸⁰ JEAN-LUC AUBERT, “Protection des consommateurs”, *Recueil Dalloz Sirey de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation*, 42º. cahier –sommaires commentés- (1987), p. 455.

⁸¹ Processo nº. 2154/12.4TBALM-A.L1-7 (Ana Resende). En parecidos términos, el Ac. do TRP, de 11/09/2008, Processo nº. 0834643 (Fernando Baptista).

⁸² En el mismo sentido, GEMA ALEJANDRA BOTANA GARCÍA, “La protección de los consumidores en los contratos electrónicos”, *Actualidad civil* 3 (2015), § III.1.



consumidor al profesional en sus arts. 11º y 12º, de manera que los profesionales que fuesen personas singulares se beneficiarían de la protección que el Código otorgase a los consumidores siempre que lograsen probar que carecían de competencia específica para la transacción que realizan. En sentido inverso, serían excluidos quienes, aun encajando en las previsiones del art. 10º -y, pudiendo, por tanto, ser considerados como consumidores-, dispusieran o debieran disponer de competencia específica para la transacción que realizasen por razón de su actividad y experiencia profesional. Sería el juez quien decidiese, caso por caso, ponderando la situación concreta, de acuerdo con la equidad, quiénes podrían quedar o no bajo la protección del Derecho de los consumidores⁸³.

En el Derecho español, el art. 3 TRLGDCU se aparta de esta interpretación flexible y expansiva de la noción de consumidor y opta por una noción restrictiva⁸⁴ porque, tal como señala su Exposición de Motivos, "(e)l consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros". En otro caso, podría llegarse a incluir en el concepto de consumidor a

⁸³ En este sentido, SANDRINA LAURENTINO, *ob. cit.*, p. 427.

⁸⁴ MIGUEL PASQUAU LIAÑO, *ob. cit.*, p. 502. En el mismo sentido, MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ, "El «nuevo» concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 9 (2014), disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/465> (14/07/2016), p. 12.

todo empresario o profesional que, actuando en su condición de tal, lo hiciese fuera del ámbito de su especialidad⁸⁵ y, aunque existe algún autor y alguna sentencia que considera como consumidor a quien actúa en una relación ajena a su actividad propia, cualquiera que sea⁸⁶, la generalidad de la doctrina⁸⁷ y la jurisprudencia no aceptan esta solución⁸⁸, que consideramos más acertada y conforme con el texto legal, de gran claridad en este punto.

Por otro lado, puede ocurrir que el bien objeto de la relación de consumo se destine a un uso mixto, tanto para fines profesionales como privados, lo que de nuevo motiva un amplio debate en la doctrina portuguesa que, mayoritariamente, se muestra a favor de aplicar la normativa protectora de los consumidores a los que en tales casos apliquen el bien, predominantemente, a un uso no profesional⁸⁹, criterio que concuerda con

⁸⁵ RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *ob. cit.*, p. 65.

⁸⁶ INMACULADA BARRAL VIÑALS, "Del Consumidor destinatari final al consumidor no expert en la contractació en massa", *Revista catalana de Dret Privat* 7 (2007), pp. 80 y ss. La SAP de Teruel de 31 de octubre de 2002, ponente HERNÁNDEZ GIRONELLA, TOL 264.423, F.J. 2º, consideró que un sindicato que contrató servicios publicitarios era un consumidor porque "ni la adquirente (el sindicato) realiza labores de aquella índole (de publicidad), ni la publicidad contratada se integra de manera relevante en el ámbito propio de su actividad".

⁸⁷ Por todos, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "Concepto general...", *cit.*, pp. 139-140.

⁸⁸ STS de 10 de marzo de 2014, ponente ORDUÑA MORENO, RJ 2014, marg. 1467, F.J. 1º.

⁸⁹ SANDRINA LAURENTINO, *ob. cit.*, p. 424; FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O conceito de consumidor: perspectivas nacional e comunitária*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 88. En cambio, CARLA MESQUITA BABO, "Das Leis do consumo á súa aplicación dista um abismo. «Da ausencia de reacção jurídica e governamental nos litígios do direito do consumo»", *Revista portuguesa de Direito do consumo*, 71 (2012), p. 72, sin siquiera detenerse en la preponderancia que tenga el destino profesional o no profesional de los bienes o servicios percibidos, crítica que haya de excluirse de una relación de consumo a un consumidor solamente teniendo en

el Considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, que establece que "(...) en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor". En parecidos términos se pronuncia la STJCE de 20 de enero de 2005⁹⁰ al señalar:

"Una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, no puede, en principio, ampararse en dichas disposiciones. El resultado únicamente sería distinto en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato".

Asimismo, cierto sector de la doctrina española⁹¹ y aun de la legislación autonómica española⁹², amparan esta tendencia.

cuenta su profesión y su eventual conexión con el producto que le fue suministrado o con el servicio que le fue prestado.

⁹⁰ Caso Johann Gruber contra Bay Wa AG, ponente ROMAIN SCHINTGEN, TJCE 2005, marg. 24, § 39.

⁹¹ SILVIA DÍAZ ALABART y MARÍA TERESA ÁLVAREZ MORENO, "Comentarios al Artículo 2. Definiciones", en *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil: comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TR LCU)*, DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO (coord.), ed. Reus, Madrid, 2014, pp. 33-34.

⁹² El art. 2.1 de la Ley de Cantabria 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa

En estos casos, la mayor o menor importancia cuantitativa del destino, particular o empresarial, de los bienes o servicios adquiridos determinan o no su consideración como consumidor, exigiendo necesariamente para su consideración como tal que el destino profesional o empresarial sea residual, en contra del rechazo de algunos a considerar como consumidor al que actúa simultáneamente como profesional o empresario y como consumidor⁹³.

2.4. La contraparte en la relación de consumo.

El consumidor se define en el Derecho portugués, como sujeto de una relación de consumo, por contraposición a la otra parte⁹⁴, que es un profesional, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho español, en el que las relaciones entre consumidores y usuarios⁹⁵ y empresarios se plantean, no al establecer el concepto general de consumidor y de usuario, sino al fijar el ámbito

de los Consumidores y Usuarios, establece: "A los efectos de esta Ley, son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes y servicios en Cantabria, como destinatarios finales y con objetivos generalmente ajenos a cualquier actividad comercial o profesional".

⁹³ DIANA MARCOS FRANCISCO, "Hacia un Derecho de consumo uniforme en la Unión europea", *Actualidad civil* 12 (2012), § III.2.

⁹⁴ JEAN-PIERRE PIZZIO, "L'introduction de la notion de consommateur en droit français", *Recueil Dalloz Sirey de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation*, 13 cahier -chronique-, (1982), p. 96.

⁹⁵ Cabe recordar que en España se utiliza la expresión "consumidores y usuarios" y no simplemente "consumidores", sin perjuicio de que los propios textos legales, y aun la doctrina, utilicen, en ocasiones, genéricamente, el término "consumidor", que comprende también a los usuarios.

de aplicación del TRLGDCU⁹⁶ en su art. 2 cuando establece que “esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios”. Con este precepto el legislador ha tratado de aclarar que lo que se pretende con el texto legal no es sino proteger a los consumidores frente a los empresarios y que, en consecuencia, las relaciones entre ellos, que pueden ser de carácter contractual o extracontractual, constituyen su objetivo. Esto significa que, a la postre, también en el Derecho español el concepto de consumidor es una noción relacional⁹⁷ por cuanto se es consumidor respecto de un profesional o empresario que actúa en el ámbito de su actividad empresarial.

Así es, en el Derecho portugués, al igual que en el Derecho español, la relación de consumo se establece entre un consumidor -persona singular o colectiva- y un profesional -persona singular o colectiva-. En el Derecho portugués, en concreto, en el art. 2.º-1 de la Ley n.º 24/96, se refiere como la contraparte del consumidor al que ejerza a título profesional una actividad económica con vistas a la obtención de beneficios. No se trata de que el profesional que es parte de la relación de consumo haya de obtener beneficios⁹⁸; simplemente, que actúa en el ejerci-

⁹⁶ A diferencia de lo que ocurría en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo art. 1.2 definía a los consumidores o usuarios por su relación con quienes, ya fuesen de naturaleza pública o privada, ya individual o colectiva, producían, facilitaban, suministraban o expedían los bienes o servicios que adquirirían, utilizaban o disfrutaban como destinatarios finales. Sin embargo, la Ley derogada no contenía una noción explícita de empresario, como la Ley vigente.

⁹⁷ MIGUEL PASQUAU LIAÑO, *ob. cit.*, p. 498.

⁹⁸ JORGE MORAS CARVALHO, *ob. cit.*, p. 23. En contra, SARA LARCHER, *ob. cit.*, p. 163.

cio de una profesión⁹⁹. Lo que ocurre es que, efectivamente, la búsqueda de beneficios se presupone, en principio, en toda actividad económica¹⁰⁰.

Esta cuestión genera en la doctrina portuguesa una divergencia de opiniones en el sentido de que cierto sector entiende que la contraparte del consumidor serán necesariamente entidades profesionales o empresariales¹⁰¹, lo que no se comparte por aquellos que se inclinan por estimar, acertadamente, que la alusión a la profesionalidad de la actividad económica no debe entenderse como una exigencia del legislador de que el sujeto que entre en relación con el consumidor haya de ser un comerciante o un empresario, sino como una referencia a una actividad económica que reúna las notas de habitualidad, estabilidad y durabilidad¹⁰².

No está, por tanto, protegido por el Derecho de los consumidores el que entable una relación de consumo con quien asume la posición de suministrador de bienes o prestador de servicios, realizando una actuación aislada u ocasional¹⁰³. Tampoco se extiende su esfera de protección a las relaciones jurídicas entre consumidores o entre profesionales¹⁰⁴. No podemos olvi-

⁹⁹ En contra, JORGE PEGADO LIZ, *ob. cit.*, p. 190 y SANDRINA LAURENTINO, *ob. cit.*, p. 423.

¹⁰⁰ PAULO DUARTE, *ob. cit.*, p. 670.

¹⁰¹ LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 21.

¹⁰² PAULO DUARTE, *ob. cit.*, pp. 668-669, citando a Oliveira Ascensão. Este criterio es el mismo que se propugna por la doctrina española al enfrentar el carácter habitual en la realización de actos de consumo por el comerciante y la naturaleza aislada del acto de consumo que pueda realizar el consumidor, tal como expresa CARLOS LASARTE ALVAREZ, *ob. cit.*, p. 54.

¹⁰³ En este sentido, SARA LARCHER, *ob. cit.*, p. 163.

¹⁰⁴ JEAN CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, *ob. cit.*, p. 5.



dar que de lo que se trata es de proteger a quien está en una posición de desequilibrio¹⁰⁵, en una situación de desventaja¹⁰⁶, respecto de la otra parte y que tal desequilibrio o desventaja no existirá entre iguales, esto es, entre los propios consumidores o entre los profesionales, sino entre los que ocupan una posición contrapuesta en la relación de consumo por razón de los conocimientos técnicos, la información y, a menudo, las capacidades financieras de que dispone el profesional¹⁰⁷ en detrimento del consumidor.

En el Derecho español, se entiende que es empresario –persona física o jurídica- el que actúa suministrando bienes o servicios en el mercado, y que es consumidor el que actúa percibiendo bienes o servicios del empresario. A diferencia del texto legal portugués, que omite cualquier concepto del profesional, el TRLGDCU define en su art. 4 al empresario en los siguientes términos “(a) efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”, que viene a sustituir a la expresión “en el marco de su actividad empresarial” de la Ley 26/1984, sin que el contenido haya sufrido alteración alguna. La habitualidad, pues, de la actividad empresarial es también exigible en el Derecho español, estableciéndose precisamente en ese ámbito la relación de consumo con el consumidor.

¹⁰⁵ RAYMOND MARTIN, “Le consommateur abusif”, *Recueil Dalloz Sirey de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation*, 21.º cahier –chronique- (1987), p. 151.

¹⁰⁶ RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *ob. cit.*, p. 50.

¹⁰⁷ JEAN CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, *ob. cit.*, p. 6.

Están comprendidos en el concepto de empresario quienes desarrollan en el mercado una actividad industrial, comercial, agrícola, ganadera, de caza y pesca, de intermediación en la circulación de bienes y servicios, los artesanos y los profesionales liberales¹⁰⁸. Respecto de estos últimos, la Exposición de Motivos de la Propuesta de Ley portuguesa de 1996¹⁰⁹ incluía entre sus principales innovaciones la clarificación del concepto de consumidor teniendo en cuenta la inclusión de los que recurren a los servicios de los profesionales liberales. Sin embargo, tal consideración no fue atendida por el texto legal definitivo, lo cual no es óbice para que la doctrina¹¹⁰ entienda que también la contraparte del consumidor pueda ser un profesional liberal, recogiendo el testigo de los que ya se habían mostrado favorables a esa interpretación del texto de 1981¹¹¹, no obstante la falta de concreción de su articulado, al entender que lo que en él se exige es profesionalidad, sin restringirla a los dominios del comercio y la industria.

El empresario puede ser grande o pequeño, individual o social, persona pública o privada¹¹². En concreto, el art. 2.º-

¹⁰⁸ CARLOS LASARTE ALVAREZ, *ob. cit.*, pp. 67-68. Respecto del profesional liberal, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade (As empresas no Direito)*, coleção teses, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 98-99, señala que no hay un criterio unívoco de profesión liberal, considerando como tal la que se traduce en el ejercicio habitual y autónomo (jurídicamente no subordinado) de actividades primordialmente intelectuales, susceptibles de reglamentación y control propios (que incumben, en buena medida a asociaciones públicas).

¹⁰⁹ *Diário da Assembleia da República VII Legislatura. II Série A, nº 29, de 21 de marzo de 1996.*

¹¹⁰ BELÉN TRIGO GARCÍA, *ob. cit.*, p. 456.

¹¹¹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos ... cit.*, p. 222, nota 61.

¹¹² En este sentido, PABLO FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y FRANCISCO TORRES PÉREZ, "Título I. Ámbito de aplicación y derechos básicos de los consumido-

2 de la Ley 24/96 portuguesa se refiere a los organismos de la Administración Pública, a las personas jurídicas públicas, a las empresas de capitales públicos o con participación mayoritaria del Estado, a las regiones autónomas y a las autarquías locales y a las empresas concesionarias de servicios públicos, como los suministradores, prestadores y transmitentes de bienes, servicios y derechos a los consumidores. En el TRLGDCU las referencias a los organismos públicos se contienen en el art. 80.1, cuando se refiere a las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ella dependientes; en el art. 81.1, cuando alude a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones locales; o en el art. 81.2, cuando alude a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Sobre la inclusión del sector público en el concepto de empresario, se pregunta la doctrina si el carácter público se refiere a la persona o a la actividad, porque en el primer caso serían empresarios, a los efectos del TRLGDCU, también las personas de Derecho público, es decir, las Administraciones Públicas, en cuanto presten un servicio al ciudadano consumidor. En cambio, si lo que se quiere expresar es que la actividad empresarial o profesional tanto puede ser pública como privada, quedarían al margen las personas de Derecho público y solamente quedarían englobadas las empresas públicas¹¹³.

res y usuarios. Capítulo I: "Ámbito de aplicación", en *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 76-77.

¹¹³ SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA, *ob. cit.*, § III.2.

Conclusiones

La noción de consumidor tiene una importancia capital en cuanto a la delimitación del ámbito de aplicación de toda la normativa dictada en materia de protección de los consumidores que, como hemos estudiado en el presente trabajo, es de una gran amplitud y variedad. Ello nos ha permitido constatar, en consecuencia, que no existe un concepto único de consumidor ni en Portugal, ni en España ni, en general, a nivel internacional.

Las Directivas europeas sobre la materia definen al consumidor como la persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional, noción restrictiva que también podemos encontrar en algunas de las leyes sectoriales portuguesas y españolas -lejos de otras más amplias que, como hemos constatado, se contemplan en puntuales Leyes de transposición-, así como en el TRLGDCU español, cuerpo legal más adaptado a la normativa comunitaria que la vigente Ley portuguesa n.º 24/96.

Siendo las dos notas que definen esencialmente al consumidor, su actuación fuera del ámbito profesional y su relación con un empresario, creemos que la noción del texto español, quizás por su mayor actualidad o por el propósito del legislador patrio de hacer un cuerpo normativo más sistematizado que su precedente, ofrece mayores ventajas a los intérpretes y estudiosos del Derecho por su mayor concreción, claridad y, en definitiva, por ser más acorde con la normativa europea sobre la ma-

tería, lo que, sin embargo, no aplaca el debate puntual de la doctrina española, en muchos temas comunes a los que enfrentan a la doctrina portuguesa, que se muestra mayoritariamente a favor, tal como hemos señalado, de extender la protección de los consumidores a las personas colectivas, a personas que incluso destinen los bienes y servicios objeto de la relación de consumo a actividades profesionales -siempre que predomine el uso privado-, poniendo el acento en la necesidad de que la contraparte sea un profesional que actúe en el ejercicio de su actividad empresarial.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O FUTURO DO DIREITO DE AUTOR NA ERA DIGITAL

Maria Victória Rocha¹

SUMÁRIO: 1. Direito de Autor e evolução tecnológica 2. Excessiva preocupação com os titulares de direitos não uniformizados em toda a UE. 3. Desequilíbrio das excepções e limitações não uniformizadas na UE em desfavor dos utilizadores. 4. Sistemas tecnológicos de protecção e medidas e informação e gestão excessivas. 5. Novo Regulamento sobre o direito de portabilidade em rede e revisão da Directiva sobre Cabo e Satélite. 6. Cópia privada. 7. Novos tratados internacionais de cooperação. 8. Um novo Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

¹ Professora Auxiliar da Escola de Direito da UCP/Porto e membro do *Católica Research Centre for the Future of Law* - Centro de Estudos e Investigação em Direito, victoriarocha@netcabo.pt, virocha@porto.ucp.pt A autora optou por não escrever o artigo com referência ao abrigo do novo acordo ortográfico.

Abstract: The emerging and evolution of Copyright happens through adaptations of technological evolution. The digitalization and circulation of works on the Internet is another challenge that Copyright will be able to overcome. In a European Union (EU) context, the answer involves the removal of borders in what must become a common market. The principle of territoriality, which is the foundation of Copyright, will necessarily be affected in a common digital market. We view, with particular interest, the clear definitions of legal and illegal actions, as well as similar surveillance for all countries in EU in terms of the illegal actions. Moreover, it is necessary to reestablish the equilibrium between right owners and users, creating new exceptions for users and applying them in the same manner in all 28 member EU countries. In this context, the Regulation on exportable content, the revision of the Directive on Satellite and Cable and the multi-territorial licenses provided by the management entities, are very welcome. In terms of the compensation for private copy, a common system and a common surveillance system must be implemented for all Member Countries.

The Commission predicts that in the long-term an European Copyright Code will be possible. In the meantime any legal solutions that unify legislations within the EU is welcome.

In what concerns legislation outside EU multinational treaties should be encouraged because the legal questions online are spread beyond any physical borders.

Because our CDADC had already problems when it was enacted and is now a patchwork of several Directives, perhaps it would be advisable to create a new Code.



1. É sabido que o Direito de Autor (e os Direitos Conexos) nasceu e evolui à medida que há inovações tecnológicas ou culturais. Nunca um direito esteve tão ligado à evolução científica e tecnológica. Não fora Gutenberg inventar a imprensa, nunca teria surgido, sequer, a necessidade de proteger a cópia (não é por acaso que no sistema anglo-saxónico é utilizado o termo directamente ligado ao direito de reprodução - *Copyright*). Cada invenção traz novos desafios e solicita novas soluções a esta área do Direito. Pense-se no desenvolvimento e expansão do teatro, na invenção da máquina fotográfica e na expansão da obra fotográfica, na invenção do cinematógrafo e na expansão e evolução do cinema, entre outros exemplos.

A passagem do analógico para o digital implicou o surgimento de novas, complexas e desafiantes questões para o Direito de Autor (e Direitos Conexos). O Direito de Autor tem que evoluir para se adaptar à realidade tecnológica actual, sob pena de perder relevo. Não há uma fórmula mágica para responder à questão de como fazer frente aos desafios que se colocam hoje e no futuro ao Direito de Autor relativamente às obras em rede. Todavia, podemos identificar alguns problemas que necessitam de solução.

As obras passaram a constar de um código binário de zeros e uns, passaram a estar desmaterializadas e cada vez mais fragmentadas, o que implicou questões complexas, nomeadamente de apreciação da originalidade (criatividade) em pequenas parcelas das obras (*samples*), que são alvo de lucrativos negócios, no surgimento de novas obras e formas de comunicação, como os programas de computador, as obras

multimédia, as bases de dados digitais, os nomes de domínio, os videojogos, os *e-articles*, *e-books*, *e-papers*, as hiper-conexões, os *Websites*, a blogosfera, o *Facebook*, o *Twitter*, o *Instagram*, o *Messenger*, o *WhatsApp*, etc., com todos os problemas de qualificação e protecção destas novas realidades.

Com a expansão da *Internet* passaram a existir dois mercados a concorrer: o mercado de serviços *online* e o mercado tradicional de produtos, com tendencial predominio do primeiro, em áreas como a música e o audiovisual, e com o desaparecimento do mercado tradicional em matérias, como *e-books*, *e-papers* ou *e-articles* que já não se produzem em papel.

O mercado digital implicou o receio do desaparecimento do mercado físico, não habituado a competir com esta realidade "ameaçadora". A reacção foi particularmente forte por parte da indústria musical e audiovisual, habituada a um certo modelo de negócio fortemente dependente de cobrança *royalties* que se viu confrontada com novas formas de fornecer conteúdos na *Internet* a par da facilidade da cópia, designadamente através das redes P2P².

O próprio conceito de autoria foi afectado, uma vez que ideia romântica do autor que sozinho cria de costas voltadas para o mercado está cada vez mais longe da realidade. Grande parte dos autores cria as obras por encomenda ou no âmbito de contratos de trabalho e em grandes equipas, quer sob o modelo de colaboração, quer sob o modelo de obra colectiva. Muitas obras, inclusive, são produto de equipas em que os autores são originários de diversos países, trabalhando *online*, sem se conhecerem.

² Cf. MAY, C, *Digital Rights Management, The Problem Of Expanding Ownership Right*, Oxford, Chandos Publishing, 2007.



Surge a necessidade acrescida de proteger os trabalhadores que ao mesmo tempo são criadores com pouca força negocial³.

As utilizações transfronteiriças em rede, além do mais, levantam complexas questões de Direito Internacional Privado, que Regulamentos Comunitários têm procurado resolver (conhecidos por Roma I e Roma II).

Em determinadas áreas a situação é particularmente complexa, porquanto as obras podem ao mesmo tempo ser protegidas pelos direitos de propriedade industrial e pelos direitos de autor e, entre nós, não existem normas coerentes para estas situações de cúmulo (cf. art. 14º CDADC e arts. 182º e 200º CPI).⁴

Através de múltiplas técnicas, como o *morphing*, o *framing*, o *sampling* não autorizados, as hiper-conexões (entre outras), torna-se fácil a violação dos direitos morais e patrimoniais de autor, como, por exemplo, o direito de paternidade, ou do direito à integridade e genuinidade e o direito de modificação. É fácil aceder à obra, fazer o *download*, transforma-la por completo e reenvia-la para a rede, inclusive, descontextualizada, criando danos patrimoniais e não patrimoniais incalculáveis para os seus autores ou titulares de direitos de autor.

³ Desenvolvidamente, ROCHA, M. VICTÓRIA, "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.

⁴ ROCHA, MARIA VICTÓRIA, A protecção cumulativa do design como obra e como desenho ou modelo quando o criador é um trabalhador dependente: o caso português", Eds. Tóbio Rivas, A. María/Fernandez-Albor Baltar, A. /Tato Plaza, A., *Estudios de Derecho Mercantil, Libro de Homenaje al Prof. Dr.h.c.José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 883-898.

2. A tendência, por parte dos autores e titulares de direitos de autor (e direitos conexos) é para a protecção, por vezes excessiva, apoiada pela legislação, com medidas tecnológicas de protecção, sistemas de informação ou gestão de dados, bloqueamento de *Websites*, criminalização, corte de acesso à *Internet*, mesmo quando está em causa um uso privado (cf. Leis Sinde e Lassalle, em Espanha; Lei Hadopi⁵, em França; vigilância apertadíssima na Alemanha; vigilância pouco apertada em Portugal). A criminalização, inclusive, às vezes parece-nos excessiva, como é o caso da moldura penal portuguesa para estes crimes (cf. arts. 195º, 196º, 197º, 189, CDAC, três anos e multa, quando comparada com as molduras penais em geral).

Creemos que num mercado que se pretende único, a este nível, deveria começar por se definir com clareza o que é crime e o que não é crime, designadamente, definir se os *downloads* privados que não afectem as regras dos três passos da Convenção de Berna devem ser punidos, ou assumir que que hoje qualquer *download* para uso privado potencialmente afecta o mercado, ressalvadas as excepções e limitações previstas na lei. Mais, tantos são os reenvios prejudiciais, que se deveria definir com clareza, designadamente por Regulamento, o que é uso privado e uso público (bem como comunicação privada e comunicação pública) e criminalizar apenas os usos comerciais não autorizados e, eventualmente, os usos privados que não respeitem a regra dos três passos da Convenção de Berna. Ou seja, apenas deveriam ser criminalizados os usos que

⁵ Note-se que por decreto de 9-07-2013, foi proibida a possibilidade de suspensão temporária de acesso à *Internet*, por ser contrária aos direitos fundamentais do cidadão.



prejudicam os autores e titulares de direitos de autor. De qualquer forma, os usos comerciais não autorizados deveriam ser mais severamente punidos⁶.

Todavia, tal não basta. Identificadas a nível dos 28 países as infracções, a vigilância terá que ser idêntica, sob pena de a violação poder continuar facilmente, com distorção do mercado. Basta fazer a utilização a partir de um país vizinho em que a vigilância não seja apertada (cf. Bélgica ou Luxemburgo vs. Alemanha).

3. Por parte dos utilizadores há a queixa de que se cria uma situação paradoxal em que a preocupação com a protecção é de tal ordem que há menos acesso à informação do que na era analógica, devido à forma como são circunscritos e protegidos os limites e excepções ao direito de autor.

Este problema de equilíbrio entre os direitos dos autores ou titulares de direitos e os direitos dos utilizadores é um dos grandes problemas identificamos e que terá que ser resolvido rapidamente no futuro do Direito de Autor⁷.

Está aberta a questão do acesso ao conhecimento, criado o problema fundamental do equilíbrio entre os direitos dos autores e titulares de direitos de autor (bem como titulares de direitos conexos) e os direitos de acesso ao conhecimento pelos utilizadores.

Há que adaptar o Direito de Autor a estas novas obras, formas de autoria e modalidades de acesso, sendo certo que

⁶ ROCHA, MARIA VICTÓRIA, "Obra radiodifundida e comunicação pública", ADI 34 (2013-2014), pp. 393-404.

⁷ Veja-se, BUYDENS, Mireille, DUSOLLIER Séverine (eds.), *L'intérêt general et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruxelas, Bruylant, 2008.

o desafio e adaptação a novas tecnologias é uma constante na origem e evolução do Direito de Autor (e Direitos Conexos).

Não falta quem considere, inclusive, que o Direito de Autor actua hoje como travão ao desenvolvimento da cultura⁸. Não concordamos. Esta argumentação, em muitos casos, pretende espoliar os direitos dos autores sem qualquer tipo de contraprestação e/ou reconhecimento, mas é contrária aos objectivos da UE. Na sua Comunicação de 24 de Maio de 2011, a Comissão considera que *um mercado único dos direitos de propriedade intelectual visa estimular a criatividade e a inovação para gerar crescimento económico, empregos de qualidade e produtos e serviços de excelência, que estamos em presença de um sector estratégico na União Europeia*⁹.

O que há, mais uma vez, é que ter em conta estas novas realidades, nomeadamente as novas modalidades de acesso.

A questão chave consiste em manter o equilíbrio entre os direitos dos autores e o direito de acesso por parte dos utilizadores.

Há na doutrina quem considere que há uma colisão entre os direitos de autor e direitos fundamentais como a liberdade de expressão e outros, como o acesso à cultura. O Direito de Autor traduzir-se-ia numa pretensa violação de direitos de liberdade de expressão ou da liberdade de criação, pois que

⁸ Desenvolvidamente, ESPÍN ALBA, Isabel, "Nuevas Formas de Producción y de acceso al conocimiento: políticas Legislativa. Sobre la necesidad de volver a los principios rectores del derecho de autor", *Propiedad Intelectual en el siglo XXI: nuevos continentes y su incidencia en el derecho de Autor*, ESPÍN ALBA, Isabel (coord), Madrid, Reus, 2014, pp. 9-40.

⁹ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Um mercado único dos direitos da propriedade intelectual : Estimular a criatividade e a inovação para gerar crescimento económico, empregos de qualidade e produtos e serviços de excelência na Europa*, de 24 de Maio de 2011 (COM, 2011, 287 final).

há muitos utilizadores que passam a criadores a partir das obras que estão a circular na *Internet*.

O debate é muito interessante, mas só é válido se tivermos em conta que o direito de autor é também um direito fundamental. A convivência dos direitos de autor com outros direitos subjectivos passa necessariamente primeiro pelo reconhecimento do direito de autor como um direito fundamental. O direito de autor está previsto no art. 42º, nº2, da nossa Constituição de República e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, art. 17, parágrafo 2, determina que se protege a propriedade intelectual.

O objectivo fundamental de uma elevada protecção do direito de autor (e direitos conexos) é um dos princípios base de harmonização no mercado interno na UE, havendo consenso que a harmonização das normas dentro dos Estados-Membros contribui para a realização de um mercado interno e para a instauração de um sistema que garanta que a concorrência dentro do mercado único não seja falseada.

A Directiva 2001/29/CE, de 22 de Maio, afirma, no seu Considerando 9, que *procura tutelar de forma elevada os autores e titulares de direitos conexos, bem como os consumidores, a cultura, a indústria e o público em geral*. Todavia, a Directiva não nos parece deixar suficiente abertura no Direito Autor para certos direitos dos utilizadores. Os limites e excepções ao direito de autor, local de convivência com os direitos dos utilizadores, deveriam passar a ter um papel de maior protagonismo.

Ao contrário do que acontece com a lei dos E.U.A., que contém um largo leque aberto de limitações para “fair use”, a Directiva 2001/29/CE (DDASI) contém uma lista fechada de 22

limitações e excepções que os Estados-Membros podem escolher ou não (apenas se impõe a limitada excepção para os usos temporários). Isto significa que o direito dos utilizadores não foi completamente harmonizado na UE e temos que reconhecer que está obsoleto.

Em resultado, se alguém quer saber se é necessária uma licença para um certo uso digital, tem que consultar 28 leis. Estas diferenças transformam a oferta de serviços digitais na Europa bastante complexa, com custos e dificuldades. Em nossa opinião, as excepções e limites aos direitos de autor (e direitos conexos) deveriam ser obrigatórios e a harmonização deveria ser feita por Regulamento e não Directiva, para não haver quaisquer divergências.

Mais, algumas limitações e excepções admitidas parecem-nos muito reduzidas e obsoletas, para além de estarem previstas de forma demasiado vaga, deixando margem para interpretações diversas em cada país da UE. Por exemplo, é obsoleto que as bibliotecas não possam fazer as versões digitalizadas das obras das suas colecções acessíveis de forma remota, exigindo que os interessados viajem até à biblioteca para se sentarem em frente a um terminal da mesma. A excepção relativa à ilustração para efeitos de ensino constitui um exemplo das diferentes formas de aplicação das excepções pelos Estados-Membros. Estas diferenças afectam a educação e o ensino, por exemplo, no uso de tecnologias e materiais digitais nas aulas e na *intranet*, bem como nos cursos *online* que, inclusive, se pretendem com carácter transfronteiriço. A aplicação nacional divergente da “excepção de liberdade de panorama”, que permite que se tirem fotografias de obras como edifícios ou esculturas expostas



em permanência em locais públicos e colocá-las *online*, pode também gerar incertezas. A natureza facultativa e a falta de efeito transfronteiriço da excepção relativa a pessoas com deficiência está a afectar o compromisso internacional assumido pela UE no Tratado de Marraquexe¹⁰, pelo que o mesmo deve ser ratificado e aplicado.

Parece-nos adequado um sistema amplo e flexível de limitações e excepções, desde que estejam respeitados os três passos da Convenção de Berna. Impõe-se uma harmonização Comunitária efectiva, nomeadamente nas limitações e excepções relativas à procura de dados, nos aspectos relacionados com a investigação, a educação, arquivo e empréstimo de e-books, nas excepções para obras produzidas pelo sector público e na clarificação das regras relativas às hiper-conexões.

Inclusive, não conseguimos entender bem como se pretende fazer uma ligação digital de todas as bibliotecas públicas nacionais, ou mesmo mundiais (projectos já em curso), com excepções tão limitadas.

A primeira Directiva que, de forma mais ou menos directa, vem confrontar o Direito de Autor com a livre circulação de conhecimento é a Directiva 2012/28/UE, de 25 de Outubro, sobre certos usos autorizados das obras órfãs, que se propõe impor um limite ao direito de autor em todos os Estados-Membros. Ao contrário da DDASI, não deixa margem aos Estados-Membros para implementar ou não o limite, já que o impõe. No Considerando 5 mantém que *os direitos de autor constituem o fundamento económico da indústria criativa, já que estimulam*

¹⁰ Tratado de Marraquexe para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas por Parte das Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades de Acesso a Textos Impressos, assinado em nome da UE em 30 de abril de 2014.

a inovação, a criação, o investimento e a produção, sendo a digitalização e divulgação em grande escala das obras uma forma de proteger o património cultural europeu e sendo os direitos de autor um instrumento importante para garantir que o sector criativo seja recompensado pelo seu trabalho. Recorda, no entanto, que se limitam os direitos dos autores tendo em conta os importantes processos de digitalização levados a cabo pelas bibliotecas, centros de ensino e museus, acessíveis ao público, assim como os arquivos, os organismos de conservação do património cinematográfico ou sonoro e os organismos públicos de radiodifusão estabelecidos nos Estados-Membros, com a consequente necessidade de conservar e difundir o património cultural europeu, destacar o valor para a investigação das colecções das bibliotecas e, ao mesmo tempo, impulsionar a livre circulação do conhecimento e da inovação no mercado interno¹¹.

¹¹ O tema das obras órfãs na era digital tem um interesse muito elevado, especialmente quando surgiram projectos de digitalização massiva, primeiro com a Google, em 2002 (*Google Books Project*), que tinha como objectivo o estabelecimento de uma biblioteca digital mundial e, em 2005, com o anúncio da criação da biblioteca digital europeia, a *Europeana*. Contudo, rapidamente se notou que esta possibilidade era complexa, sobretudo estando em causa obras protegidas por direitos de autor de autores ou titulares de direitos de autor desconhecidos ou não localizados. Nestas hipóteses, que se verificaram ser muitas, a autorização para o uso das obras, nomeadamente para a digitalização, reutilização, distribuição ou comunicação ao público, seria impossível. A solução encontrada na Directiva foi o estabelecimento de um *reconhecimento mútuo do estatuto de obra órfã* entre os Estados-Membros. O princípio é uma novidade no Direito de Autor Europeu. Consiste numa harmonização mínima que respeita a diversidade jurídica dos Estados-Membros, assegurando, contudo, a interoperabilidade entre as ordens jurídicas. Todavia, apesar do regime previsto na Directiva, ficam a cargo de cada Estado-Membro muitos aspectos de relevo, como é o caso da pesquisa diligente ou dos critérios de quantificação da compensação aquando do ressurgimento do titular da obra órfã. O princípio do mútuo reconhecimento poderá não ser a melhor solução. Na medida em que se pretende criar uma biblioteca digital europeia, o ideal seria legislar através de Regulamento, tornando o estatuto de

Portugal transpôs a referida Directiva, pela Lei 32/2015, de 24 de Abril, o que implicou algumas alterações ao Código. O art.75º CDADC foi modificado e foram aditados os arts.26º-A e 26º-B, estes últimos definindo o que se consideram obras órfãs.

O art. 75º CDADC, nº2, u) CDADC passou a ter uma excepção obrigatória, *para a reprodução e a colocação à disposição do público de obras órfãs, para fins de digitalização, indexação, catalogação, preservação ou restauro e ainda os actos funcionalmente conexos com as referidas faculdades, por parte de bibliotecas, estabelecimentos de ensino, museus, arquivos, instituições responsáveis pelo património cinematográfico ou sonoro e organismos de radiodifusão de serviço público, no âmbito dos seus objectivos de interesse público, nomeadamente o direito de acesso à informação, à educação e à cultura, incluindo a fruição de bens intelectuais.*

No entanto, esta excepção ainda nos parece reduzida.

Vemos, pois, com muito agrado, as recentes preocupações neste âmbito expressas pela "COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO, AO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU E AO COMITÉ DAS REGIÕES, Rumo a um quadro de direitos de autor moderno e mais europeu", de 9.12.2015¹². Aí se pode ler:

obra órfã directamente aplicável a todos os Estados-Membros. Este sistema de harmonização mínima, deixando aos Estados-membros a possibilidade de construírem o seu próprio sistema de resolução do problema das obras órfãs, poderá levar a uma desarmonização insustentável entre as soluções aplicadas, colocando em causa as exigências de um mercado interno. Desenvolvidamente, veja-se FIDALGO, PALMELA V., "A Directiva 2012/28/EU e a problemática das obras órfãs", ADI, 35, 2014-2015, pp. 193-210.

¹² COM(2015) 626 final.

“A Comissão está a avaliar as opções e vai estudar a possibilidade de apresentar propostas legislativas sobre outras exceções da UE até à primavera de 2016, a fim de:

- *Permitir às organizações de investigação de interesse público aplicar técnicas de prospecção de textos e dados de conteúdos a que tenham legalmente acesso, com plena segurança jurídica, para fins de investigação científica;*
- *Clarificar o âmbito da exceção da UE de «ilustração para efeitos de ensino» e a sua aplicação a utilizações digitais e à aprendizagem em linha;*
- *Proporcionar um espaço claro para a preservação por instituições responsáveis pelo património cultural, refletindo a utilização de tecnologias digitais para fins de preservação e as necessidades das obras digitalizadas e criadas em formato digital;*
- *Apoiar a consulta à distância, em redes electrónicas fechadas, de obras conservadas em bibliotecas académicas e de investigação e noutras instituições relevantes, para fins de investigação e de estudos privados;*
- *Clarificar a atual exceção da UE que permite a utilização de obras que tenham sido concebidas para estarem permanentemente expostas num espaço público (a exceção de «liberdade de panorama»), a fim de ter em consideração novos canais de difusão.*

O objetivo geral é reforçar o nível de harmonização, tornar obrigatória a aplicação de exceções relevantes para os Estados-Membros e garantir que estas sejam aplicáveis através das fronteiras no interior da UE.



Ao preparar as propostas, a Comissão terá em conta a situação do mercado relevante e as práticas de licenciamento para os usos em causa e terá o cuidado de respeitar as obrigações internacionais, incluindo o teste em «três fases». O objetivo é proporcionar aos utilizadores e titulares de direitos um sistema previsível e juridicamente seguro".

4. O exagerado protecionismo com os sistemas informação e gestão de dados (designados, embora com algumas modificações, nos países anglo-saxónicos, como DRM) e as medidas tecnológicas de protecção potenciou um acentuado desequilíbrio em desfavor do utilizador, mesmo quando este poderia beneficiar das utilizações livres previstas no art. 75º CDADC num sistema analógico, o que é totalmente paradoxal. Na prática, o sistema implica uma perda exagerada de tempo e o utilizador pode perder o interesse para o acesso à obra, ou prestação, protegida por medidas tecnológicas, ou sistemas de informação e gestão, uma vez que não as pode retirar sem cometer um crime, punido entre nós com pena de prisão até um ano ou multa até cem dias, mesmo para utilizações livres, sendo certo que o processo de autorização será, em regra, moroso (cf. arts.217ºss, em especial art. 221º CDADC). A solução é incompreensível quando estamos perante utilizações livres, como é o caso extremo do direito de citação. É certo que a DDASI não esquece esta preocupação, prevendo uma revisão periódica e o acompanhamento da situação, mas coloca a ênfase nas medidas tecnológicas de protecção e nos sistemas informação e gestão. O saldo é fortemente a favor dos titulares de direitos que, em muitos casos, são entidades empresariais a

quem os autores/ artistas intérpretes transmitiram os seus direitos de autor/direitos conexos, ou entidades empresárias que, à partida, já são titulares de direitos conexos ou equiparados, ou mesmo originariamente titulares de direitos de autor, em função do regime da obra colectiva.

Em nossa opinião, em lugar de opor uma tão forte resistência, que não tem resultado, há que aceitar a inevitabilidade da mudança de paradigma do mercado tradicional analógico de produtos para o mercado digital de serviços, procurando com inteligência uma forma de abordar a mudança. Não é legítimo que as limitadas excepções acima referidas (art. 75^{os}ss CDADC) ainda sejam protegidas por medidas tecnológicas de protecção e sistemas de informação e gestão de dados que não podem ser retirados nessas hipóteses sem que haja pena de prisão até um ano ou multa até cem dias. Deveria existir um sistema expedito de acesso à retirada de tais medidas quando estão em causa limitações e excepções legítimas, ou seja, usos livres. Por exemplo, pedida cópia livre ao IGAG, este teria poder de decisão e a não resposta num prazo de 24h implicaria autorização. Qualquer outra solução é paradoxal e ilegítima¹³.

Todavia, esta solução teria que se harmonizar em todos os países da UE, porque cada vez mais o utilizador não necessita apenas de obras nacionais. Há que ultrapassar as limitações decorrentes do princípio da territorialidade dos direitos de autor numa UE que pretende a criação de um mercado único e em que as obras circulam *online*.

¹³ Desenvolvidamente, ROCHA, MARIA VICTÓRIA, "Dispositivos tecnológicos de Protecção, Informações para gestão electrónica de direitos e utilizações livres no Direito Português: um desequilíbrio em desfavor dos utilizadores", *ADI*, 33 (2012-2013), pp. 429-446.



5. Num Mercado Único Digital é fundamental permitir aos cidadãos da UE viajarem com os seus conteúdos em rede em toda a União. Até agora, no interior da UE, os utilizadores podem deixar de ter acesso aos serviços em rede de difusão de filmes, emissões desportivas, música, livros electrónicos ou jogos que pagaram no seu país de origem. Esta solução viola um direito básico do consumidor que viaja num suposto mercado único. Ao mesmo tempo empobrece o mercado cultural europeu, em particular a obras audiovisuais europeias que lutam para se imporem no mercado (bem para serem descobertas), pelo que algo se impõe fazer a este nível, uma vez que a tecnologia existe.

Por esse facto, são bem acolhidas uma série de medidas anunciadas no documento referido acima. Em especial, a intenção da Comissão de melhorar a distribuição transfronteira de programas de televisão e de rádio em rede (através da revisão da Directiva Satélite e Cabo) e de facilitar a concessão de licenças para o acesso transfronteiriço aos conteúdos. Quanto aos serviços de radiodifusão de televisão e de rádio, a Directiva sobre Satélite e Cabo já estabelece disposições para facilitar a aquisição dos direitos necessários para determinadas actividades transfronteiras. Mas estas normas foram criadas muito antes da *Internet*, como um canal de distribuição dos organismos de radiodifusão televisiva e só se aplicam à radiodifusão por satélite e às retransmissões por cabo. A Comissão está a proceder a uma revisão da Directiva para a sua aplicação ao ambiente *online*. Não podemos esquecer que hoje em dia funcionamos, cada vez mais, em *hardware* convergente, qualquer solução tem que se aplicar em todo o *hardware* em que os programas passam, seja em simultâneo ou em *podcast*.

Acima de tudo, impõe-se o novo direito anunciado sobre portabilidade transfronteira dos serviços de conteúdos em rede. Tal como, em tempos, se impôs o direito de colocação à disposição para acesso on demand, a portabilidade transfronteira é hoje imprescindível. O Regulamento sobre a portabilidade transfronteira dos serviços de conteúdos em rede vai permitir aos cidadãos da UE viajarem com os conteúdos digitais que adquiriram ou de que têm a assinatura no seu país de origem. Este novo direito será fundamental para os consumidores num mercado único. Prevê-se que seja uma realidade a partir de 2017, ano em que se prevê serem eliminadas as injustificadas tarifas de itinerância (*roaming*) na UE.

Os direitos dos autores (e de titulares de direitos conexos) embora já em grande medida harmonizados, continuam a ter uma natureza territorial. Isto significa que, em vez de haver um único título de direito de autor válido simultaneamente em toda a UE, há 28 títulos nacionais separados.

Foram muito bem-vindos os esforços para facilitar a concessão de licenças multiterritoriais pela Directiva Gestão Colectiva de Direitos (Directiva 2014/26/UE), transposta entre nós pela Lei 26/ 2015, de 14, de Abril. Todavia, há que ir mais longe. A territorialidade dos direitos não impede a concessão de licenças multiterritoriais, mas pode ser difícil ou impossível obter essas licenças. Os titulares de direitos podem limitar o âmbito territorial das licenças concedidas aos prestadores de serviços e, por isso, os serviços podem ser limitados a um ou a apenas alguns territórios. Os prestadores de serviços podem limitar um serviço a um determinado território, mesmo quando têm uma licença que abrange um território mais vasto, incluindo toda a UE. As licen-

ças adquiridas, em especial no que diz respeito aos direitos *online*, podem manter-se inexploradas. Daí que seja fundamental o Regulamento sobre a portabilidade transfronteira dos serviços de conteúdos em linha¹⁴.

Por outro lado, as entidades de gestão têm que se adaptar rapidamente à era digital, criando guichets únicos de autorização online/one stop shops e, em países em que estão muito divididas por sectores, criando federações de associações, por exemplo, para que o utilizador de obras multimédia ou bases de dados, que precisa de muitas licenças, as obtenha rapidamente de uma fonte única. Já lá vai o tempo em que as obras multimédia eram apelidadas de "shovelware", por só usarem obras caídas no domínio público, tal era a dificuldade de obter as necessárias autorizações atempadamente e a custos razoáveis.

6. No domínio da cópia privada, entre nós recentemente alterada pela Lei 49/2015, de 5 de Junho, modificação que foi alvo de numerosas críticas pelo facto de todo o *hardware* que permita qualquer cópia ser taxado, há que criar um sistema uniforme em toda a União Europeia. Muitos Estados-Membros impõem estas taxas na generalidade dos suportes e dispositivos e estas são fixadas, aplicadas e geridas de diversas formas. Esta situação tem criado uma insegurança jurídica considerável (cf. questões mencionadas no Relatório Vitorino)¹⁵. As disparidades nacionais existentes continuam a criar problemas, em especial quando os produtos sujeitos às taxas são comercializados em

¹⁴ Cf. COM(2015) 626 final.

¹⁵ <https://pr.zwame.pt/2013/02/relatorio-antonio-vitorino-sobre-copia-privada/>, consultado em 30.11.2015

toda a UE. Há casos em que as taxas são impostas pelos Estados-Membros independentemente dos pagamentos já efectuados nos outros Estados-Membros ou sem os regimes de isenção ou de reembolso necessários. Há pagamentos indevidos quando são aplicadas taxas a produtos para utilização profissional. Existe grave falta de clareza e de transparência. Também podem existir práticas discriminatórias quando a distribuição das taxas cobradas beneficia titulares de direitos nacionais. A intervenção a nível da UE impõe-se.¹⁶

7. Serão de encorajar tratados internacionais, uma vez que os problemas se colocam à escala global e não apenas ao nível da UE. Progressivamente, ultrapassar as questões transfronteiras a nível global parece-nos um objectivo fundamental para o regime das obras *online*¹⁷.

8. Por último, uma vez que o CDADC já nasceu com problemas e com as sucessivas Directivas se transformou num *patchwork*, nem sempre com as soluções mais defensáveis (cf. excessivo formalismo, terminologia e sistematização criticáveis, soluções de fundo muito duvidosas), talvez seja a altura de trabalhar na criação de um novo Código nacional enquanto o anunciado Código Europeu de Direito de Autor, projecto, por certo, de longo prazo, não chegar.

¹⁶ Cf. COM(2015) 626 final.

¹⁷ Cf. https://www.google.pt/?gfe_rd=cr&ei=KnCnVurclOur8wfmvaP4A-g&gws_rd=ssl#q=++Documentos+SCCR, consultado em 2.02.2016.



CONTRATAÇÃO À DISTÂNCIA E CONTRATO DE SEGURO¹

Alexandre de Soveral Martins*

1. Os riscos especiais envolvidos na contratação à distância de produtos financeiros (em particular, na contratação à distância com recurso a meios eletrónicos)

Na contratação à distância (com recurso a telefonia vocal, sms, videofone, fax, videoconferência, e-mail, prestação

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

¹ A versão inicial deste texto serviu de fio condutor à conferência que no dia de 2016 proferimos na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no âmbito do Curso de Direito dos Seguros organizado pela AIDA Portugal. Entretanto, cresceu. E chegou a altura de o deixar abandonar a casa paterna. Para não tornar o estudo muito extenso, e salvo uma ou outra referência isolada, não abordaremos vários temas: v.g., a lei aplicável, a determinação do tribunal competente para apreciar litígios emergentes do contrato, a fiscalização dos regimes convocados ou as sanções a aplicar em caso de violação dos mesmos. Ficarão para o livro que se seguirá. Deixamos aqui o nosso agradecimento ao Senhor Professor Doutor Pedro Pais de Vasconcelos pelo convite que nos dirigiu para participarmos naquele Curso. As opiniões expressas nas linhas que se seguem não constituem conselhos, recomendações ou informações e para casos concretos não substituem o aconselhamento jurídico por profissional habilitado.

de serviços em rede, etc.²⁾, o consumidor de produtos financeiros³ corre tendencialmente maiores riscos do que na contratação presencial.

Desde logo, porque encontra mais dificuldades em obter informações do que na contratação presencial e é natural que se sinta inibido de fazer perguntas. Lidar com uma máquina não é a mesma coisa que tratar dos assuntos com alguém de carne e osso. Se estamos habituados a falar com seres hu-

² São várias as modalidades de contratação à distância que hoje estão disponíveis graças ao desenvolvimento das telecomunicações e da informática. A contratação à distância não é necessariamente *eletrónica*. E mesmo a contratação eletrónica não é necessariamente *informática* (v. o art. 24.º do DL 7/2004 ou LCE; no mesmo sentido, PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato electrónico*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 80, nt. 202; mas v., afirmando que parecem sinónimos, PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, «Celebração de contratos à distância e o novo regime do contrato de seguro», in AAVV., *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. III, Universidade Católica, Lisboa, 2011, p. 241.). É, porém, necessário verificar se estamos ou não perante «serviços da sociedade da informação» (v.g., quando se trata de aplicar a LCE: cfr. o respetivo art. 3.º, 2). A contratação à distância pode ter lugar por meio de comunicação *individual* ou *realizar-se em linha* (art. 30.º da LCE). Os contratos podem também ser *executados imediatamente em linha* ou não o ser (art. 29.º, 2 da LCE), embora no caso do contrato de seguro não pareça ser concebível a sua execução imediata em linha. É ainda possível distinguir a celebração de contratos à distância: em rede com comunicação individualizada e em rede sem comunicação individualizada; com recurso a loja virtual ou sem recurso a loja virtual; sem intervenção humana ou com intervenção humana (art. 33.º LCE). No que diz respeito à contratação sem intervenção humana, regulada no art. 33.º da LCE, será difícil que ocorra na celebração de contrato de seguro. Mas também não se deverá excluir essa possibilidade: v. PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato electrónico*, cit., p. 81 e s.. De qualquer modo, aquele art. 33.º poucos problemas resolve, dirigindo-se sobretudo ao tratamento de questões relacionadas com o erro. Quanto à contratação por via eletrónica, o art. 25.º, 4, da LCE proíbe as cláusulas contratuais gerais que a imponham quanto a contratos com consumidores.

³ A expressão «serviços financeiros» (financial services) terá começado a ser utilizada nos anos setenta do século XX nos EUA em conexão com o investimento de capitais e com o setor dos seguros: CLAUDIA STÖCKER, *Der Strukturvertrieb von Finanzdienstleistungen und Versicherungen*, Dr. Kovac, Hamburg, 2015, p. 14.

manos desde que aprendemos a articular as primeiras palavras, muitos são os que vão ficando desatualizados no que diz respeito às inovações tecnológicas. E estas nem sempre são amigas do utilizador normal, que sente estar então a mover-se num espaço virtual que não é a sua casa. Isso já pode tornar mais fácil a ocorrência de erros, devendo ser possível a sua atempada correção.

A própria leitura da informação que surge num ecrã de computador nem sempre se realiza sem esforço. O conhecimento de todas as cláusulas pode só ser possível por alguns, sendo frequente o utilizador comum deparar-se com *software* que parece pressupor uma licenciatura em engenharia informática. A isso acresce a complexidade de muitos contratos relativos a produtos financeiros e, em particular, a seguros, com as suas condições gerais, especiais e particulares⁴. O consumidor terá frequentemente dificuldade em compreender as potenciais consequências e riscos associados ao contrato em causa⁵.

A ausência de contacto pessoal afasta a possibilidade de perguntar e de voltar a perguntar⁶. A rapidez com que tudo se passa e até o excesso de mensagens alegadamente informativas acabam por desencadear comportamentos menos

⁴ Como se lê na Comunicação da Comissão «Uma Agenda do Consumidor Europeu para incentivar a confiança e o crescimento», COM (2012)225 final, de 22.5.2012, p. 6, a «tecnologia [...] facilita a vida de muitos consumidores, mas a complexidade e os riscos acrescidos de certos produtos e serviços financeiros (incluindo a poupança-reforma) exige um nível mais elevado de transparência e de literacia financeira».

⁵ V., chamando a atenção para isso mesmo, SIEGFRIED KÜMPEL, «Verbraucherschutz im Bank- und Kapitalmarktrecht», WV, 2005, p. 1.

⁶ Em sentido próximo, RALF MOHRHAUSER, *Der Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher*, Nomos, 2006, p. 30.

refletidos (riscos de precipitação). Daí que a proteção do consumidor no que diz respeito a cláusulas contratuais gerais surja como tema de especial relevo. O art. 25.º, 4, do DL 7/2004 proíbe, por exemplo, cláusulas contratuais gerais que imponham a celebração por via eletrónica de contratos com consumidores⁷.

Mas há outros problemas. A contratação à distância gera por vezes no consumidor insegurança quanto à identidade da contraparte e aquele pode nem conseguir saber onde esta última será encontrada. A própria determinação do momento em que o contrato se conclui será sempre fácil.

Além disso, a contratação à distância põe em contacto duas partes que frequentemente se movimentam em espaços sujeitos a diferentes ordens jurídicas⁸. A determinação do regime jurídico aplicável ganha então especial significado, pois continuam a existir significativas diferenças entre os Estados-

⁷ Sobre a articulação deste preceito com o RCCG, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, «Comércio electrónico e consumidor», *Estudos de Direito do Consumidor*, 6, 2006, p. 374, nt. 55.

⁸ O Considerando 5 da Diretiva 2002/65/CE faz justamente referência à natureza desmaterializada dos serviços financeiros, que leva a que se prestem «particularmente à venda à distância». A utilização das novas tecnologias alarga o número de prestadores e de potenciais interessados, permite comparações e facilita a celebração de contratos transfronteiriços: sobre as vantagens do comércio à distância de serviços financeiros para prestador e consumidor, cfr. RALF MOHRHAUSER, *Der Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher*, cit., p. 23 e ss., e ANJA GREENWOOD, *Der Verbraucherschutz beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen*, Wissenschaftlicher Verlag, Berlin, 2013, p. 2; tendo especificamente em conta a atividade seguradora, SANDRA CAMACHO CLAVIJO, «Tráfico jurídico electrónico y contrato de seguro», *RES*, 2006, jul-set, n.º 127, p. 435. Mas nem sempre o tomador do seguro se apercebe do carácter transfronteiriço do contrato celebrado: v., nesse sentido, *Final Report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law*, 2014, p. 11. Talvez isso possa explicar que na sondagem de 2012 de que se dá conta nesse relatório a p. 14 se tenha identificado um número muito baixo (1%!) de consumidores afirmando que adquiriram seguros do ramo vida numa operação transfronteiriça (*cross-border*).

-Membros ao nível da informação pré-contratual, da formação do contrato, do direito de livre resolução ou da qualificação de certos negócios como contratos de seguro⁹.

Essas são algumas das razões que conduzem à necessidade de garantir uma especial tutela aos consumidores que contratam à distância com profissionais e, em especial, com os que se dedicam a atividades financeiras. O regime aplicável a essa contratação está disperso por vários diplomas e a ele dedicaremos o nosso estudo.

De entre as muitas questões relevantes que a celebração de contratos de seguro à distância obriga a analisar, destacamos as relativas às informações prévias à celebração do contrato, à forma, ao momento da conclusão do contrato, às informações a prestar após a celebração e ao direito de resolução. Serão também temas que merecerão especial atenção da nossa parte. Mas antes de avançarmos para o tratamento pormenorizado de cada um deles faremos uma breve referência aos principais diplomas legais que devem ser convocados.

2. Regime jurídico: identificação dos diplomas mais relevantes

2.1. O Código Civil (CCiv.)

A identificação do enquadramento jurídico do contrato de seguro celebrado à distância não pode ignorar o CCiv. e,

⁹ *Final Report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law*, 2014, p. 41 e ss..

designadamente, os preceitos relativos à formação do contrato. Com efeito, tais normas não são pura e simplesmente e postas de lado¹⁰. Desde logo, quanto à necessidade de uma proposta e de uma aceitação¹¹. Mas, como veremos, o momento em que uma e outra produzem efeitos pode sofrer alterações.

Os regimes do erro, do dolo, da usura, da responsabilidade pré-contratual, da boa fé e do abuso de direito não podem também ser ignorados, sem prejuízo da necessidade de ter em conta o que resulta dos demais regimes aplicáveis.

2.2. **A Lei do Comércio Eletrónico (LCE)**

A Lei do Comércio Eletrónico (LCE), aprovada pelo DL 7/2004 e sucessivamente alterada, merece especial atenção, pois frequentemente os contratos de seguro são celebrados à distância com o recurso a meios eletrónicos. A LCE não se aplica só a consumidores, apesar de ter regras específicas para estes¹².

A LCE dispõe sobre a contratação eletrónica nos seus arts. 24.º-34.º. O art. 24.º estabelece que o capítulo em causa

¹⁰ A lei civil e a lei comercial constituem direito subsidiário para a resolução de questões sobre contratos de seguro: v. o art. 4.º da LCS.

¹¹ PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, «Celebração de contratos à distância e o novo regime do contrato de seguro», cit., p. 236, afirma precisamente que como «os novos mecanismos de comunicação da designada "Sociedade da informação", permitindo o que se apelida de "comércio electrónico" não alteram os parâmetros da contratação, há que atender ao regime regra, nomeadamente consagrado no Código Civil».

¹² V., p. ex., o art. 25.º, 4. O DL 7/2004 transpõe a Diretiva do Comércio Eletrónico (Diretiva 2000/31/CE) e o art. 13.º da Diretiva sobre tratamento de dados pessoais e proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (Diretiva 2002/58/CE).



é aplicável «a todo o tipo de contratos celebrados por via eletrónica ou informática, sejam ou não qualificáveis como comerciais»¹³. Logo, também é aplicável aos contratos de seguro¹⁴. No entanto, não diz respeito a todos os contratos à distância, mas apenas aos que forem celebrados por via eletrónica ou informática. Além disso, os arts. 27.º a 29.º «não são aplicáveis aos contratos celebrados exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente» (art. 30.º DL 7/2004). Se os contratos de seguro forem celebrados por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente, não ficam assim sujeitos aos referidos arts. 27.º a 29.º.

A LCE tem em vista os serviços da sociedade da informação. É certo que não são considerados «serviços da sociedade da informação» os «enumerados no anexo ao Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de abril, salvo no que respeita aos serviços contemplados nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 daquele anexo» (art. 3.º, 2, do DL 7/2004). Mas nessa referida alínea d) do anexo em causa encontramos uma menção às «regras relativas a questões sujeitas à regulamentação comunitária em matéria de serviços financeiros». É considerado serviço da sociedade da informação «qualquer serviço prestado a distância por via eletrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma atividade económica na sequência de pedido individual

¹³ Em nota anterior vimos que se pode discutir se informática e eletrónica são ou não termos usados como sinónimos.

¹⁴ O Considerando 6 da Diretiva 2002/65/CE esclarece que a mesma deve ser aplicada «nos termos do Tratado e do direito derivado, incluindo a Diretiva 2000/31/CE [...]». A própria Diretiva 2000/31/CE também contém um Considerando (o 27) que mostra estarem incluídos no seu âmbito de aplicação os serviços financeiros em linha.

do destinatário» (art. 3.º, 1)¹⁵. Logo, se o DL 7/2004 não abrange todos os contratos à distância relativos a serviços financeiros, a verdade é que abrange alguns.

2.3. Regime Jurídico dos Contratos à Distância Relativos a Serviços Financeiros (RJCDRSF) ou DL 95/2006

O Regime Jurídico dos Contratos à Distância Relativos a Serviços Financeiros (RJCDRSF), aprovado pelo DL 95/2006 e sucessivamente alterado, estabelece o «regime aplicável à informação pré-contratual e aos contratos relativos a serviços financeiros prestados a consumidores através de meios de comunicação à distância pelos prestadores autorizados a exercer a sua atividade em Portugal» (art. 1.º, 1)¹⁶. O regime nele conti-

¹⁵ Sobre os serviços da sociedade da informação, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, «A protecção do consumidor no quadro da Directiva sobre o Comércio Electrónico», *Estudos de Direito do Consumidor*, 2, 2000, p. 56 e s..

¹⁶ O DL 95/2006 transpõe a Directiva 2002/65/CE, de 23 de setembro. O legislador optou por transpor a Directiva através de diploma avulso. Na Alemanha, o regime ficou a constar, em grande medida, do próprio BGB, mas também da VVG (*Versicherungsvertragsgesetz*). A Directiva 2002/65/CE procura aproximar as legislações dos Estados-Membros quanto a matérias que são particularmente suscetíveis de dar origem a contratos transfronteiriços. Essa aproximação poderá tornar essa contratação mais simples e mais barata. A aproximação pretendida é, aliás, considerável, como resulta do Considerando 13: «A presente diretiva deve assegurar um elevado nível de defesa do consumidor a fim de garantir a livre circulação dos serviços financeiros. Os Estados-Membros não poderão prever outras disposições para além das estabelecidas pela presente diretiva nos domínios por ela harmonizados, salvo disposição explícita em contrário da presente diretiva». E no art. 4.º, 2, encontramos uma «disposição explícita» particularmente importante: «Enquanto se aguarda uma maior harmonização, os Estados-Membros podem manter ou adotar disposições mais rigorosas em relação aos requisitos de informação prévia, desde que essas disposições observem o direito comunitário». A lista de Diretivas que se ocuparam da tutela dos consumidores é bastante extensa. Destacamos as

do é convocado frequentemente pela Lei do Contrato de Seguro (v.g., 19.º, 1, 21.º, 3, 118.º, 7). São serviços financeiros, entre outros, os de seguros, como resulta do art. 2.º, c), do DL 95/2006. Mas não só. Também o são os serviços bancários de crédito, de investimento ou de pagamento e os «relacionados com a adesão individual a fundos de pensões abertos».

Apesar de no DL 95/2006 serem objeto da atenção legislativa os serviços financeiros prestados a consumidores¹⁷, muitos meios de comunicação não permitem ao prestador do serviço determinar previamente se a contraparte é ou não consumidor. Isso obriga o prestador a atuar contando com a possibilidade de o serem¹⁸. Embora exista um regime relativo à proteção dos consumidores nos contratos celebrados à distância (v. o DL 24/2014, de 14 de fevereiro, que transpõe a Diretiva 2011/83/UE¹⁹), o mes-

Diretivas 1999/44/CE, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, 2005/29/CE, relativa às práticas comerciais desleais, 2008/48/CE, relativa a contratos de crédito aos consumidores, e 2008/122/CE, sobre a proteção do consumidor relativamente a determinados aspetos dos contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca. A articulação entre as diretivas e os diplomas de transposição nem sempre é fácil. No Considerando 14 da Diretiva 2002/65/CE procurou-se aclarar alguma coisa: «A presente diretiva abrange todos os serviços financeiros que podem ser prestados à distância. Determinados serviços financeiros são, no entanto, regulados por disposições específicas da legislação comunitária que continuam a ser-lhes aplicáveis. Contudo, devem ser consagrados princípios relativos à comercialização desses serviços à distância».

¹⁷ De acordo com o art. 3.º do DL 95/2006, as suas disposições aplicáveis aos prestadores de serviços financeiros «são extensíveis, com as devidas adaptações, aos intermediários que atuem por conta daqueles, independentemente do seu estatuto jurídico e de estarem, ou não, dotados de poderes de representação».

¹⁸ Em termos próximos, PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato electrónico*, cit., p. 148 e 176.

¹⁹ Sobre esta Diretiva, v., por todos, SANDRA PASSINHAS, «A Directiva 2011/83/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores: algumas considerações», *Estudos de direito do consumi-*

mo não é aplicável a contratos relativos a serviços financeiros (art. 2.º, 2, a), do DL 24/2014²⁰).

O DL 95/2006 considera consumidor «qualquer pessoa singular que, nos contratos à distância, atue de acordo com objetivos que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial ou profissional» (art. 2.º, e))²¹.

dor, n.º 9, 2015, Ed. Especial, *Actas do colóquio O Novo Regime da Contratação à Distância*, p. 93 e ss..

²⁰ Lembrando que o mesmo se passava com o DL 143/2001, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, «A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor», *RLJ*, 143.º, jul-ago 2014, p. 376 e ss..

²¹ V. o art. 2.º, d), da Diretiva 2002/65/CE. Defendendo que não é consumidor o trabalhador dependente (mas sem revelar em que casos), v. ANJA GREENWOOD, *Der Verbraucherschutz beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen*, cit., p. 39, invocando o Considerando 10 da Diretiva 93/13/CEE. A autora realça ainda o facto de a Diretiva 2002/65/CE não esclarecer se a integração no âmbito da «sua» atividade comercial ou profissional deve ser analisada segundo um critério subjetivo ou objetivo nem acerca do momento relevante para fazer a apreciação. É discutível que a Diretiva 2002/65/CE afaste o trabalhador dependente do conceito de consumidor: sobre a polémica, JOCHEN HOFFMANN, «Der Verbraucherbegriff des BGB nach Umsetzung der Finanz-Fernabsatzrichtlinie», *WM*, 206, p. 561. Perante o art. 2.º, e), do DL 95/2006 estão excluídos do conceito de consumidor as pessoas singulares que atuam de acordo com objetivos que se integram no âmbito da «sua» atividade comercial ou profissional. Mas, se assim é, o trabalhador dependente que celebra em nome próprio e por conta própria um seguro relacionado com a atividade dependente que desenvolve dificilmente pode ser visto como atuando de acordo com objetivos que se integram no âmbito da sua atividade comercial ou profissional: mais parece que atua de acordo com objetivos integrados na atividade do seu empregador... Já no caso de contratos *mistos*, pode servir de orientação o critério definido no Ac. TJ de 20.1.2005, no caso *Gruber v. Bay Wa AG*, Proc. C-464/01, em que, quanto à Convenção de 27 de setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, se decidiu que «uma pessoa que celebrou um contrato relativo a um bem destinado a uma utilização parcialmente profissional e parcialmente estranha à sua actividade profissional não se pode prevalecer do benefício das regras de competência específicas previstas nos artigos 13.º a 15.º da referida Convenção, salvo se a utilização profissional for marginal, a ponto de apenas ter um papel despidendo no contexto global da operação em causa, sendo irrelevante, a este respeito, o facto de o aspecto extraprofissional ser dominante» (itálico nosso; mas



Por sua vez, é contrato à distância «qualquer contrato cuja formação e conclusão sejam efetuadas exclusivamente através de meios de comunicação à distância, que se integrem num sistema de venda ou prestação de serviços organizados, com esse objetivo, pelo prestador» (art. 2.º, a))²².

Um contrato à distância não tem que ser um contrato eletrónico e muito menos em linha. Mesmo um contrato eletrónico celebrado com recurso à Internet não é, necessariamente, um contrato à distância tal como o mesmo é entendido no DL 95/2006: só o será se os meios de comunicação utilizados se integrarem «num sistema de venda ou prestação de serviços organizados, com esse objetivo, pelo prestador». Isso não significa que o prestador de serviços só utilize esse sistema²³.

Um meio de comunicação à distância é «qualquer meio de comunicação que possa ser utilizado sem a presença física e simultânea do prestador e do consumidor» (art. 2.º, b), do DL 95/2006). Ficam assim abrangidos meios modernos, como a Internet, mas também o correio em papel tradicional²⁴.

v., dando conta de outras soluções possíveis, ANJA GREENWOOD, *ob. cit.*, p. 42).

²² No Considerando 18 da Diretiva 2002/65/CE lemos que ao «fazer referência a um sistema de prestação de serviços organizado pelo prestador de serviços financeiros, a presente diretiva pretende excluir do seu âmbito de aplicação as prestações de serviços efetuadas numa base estritamente ocasional e fora de uma estrutura comercial cuja finalidade seja celebrar contratos à distância».

²³ Haverá um sistema se o prestador (ou o vendedor) tem uma organização com meios que permitam atuar com regularidade na prestação de serviços à distância («wenn der Anbieter in seinem Betrieb die personellen, sachlichen und organisatorischen Voraussetzungen für regelmäßige Geschäfte im Fernabsatz geschaffen hat»), como diz ANJA GREENWOOD, *Der Verbraucherschutz beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen*, cit., p. 63).

²⁴ É essa a leitura que também faz ANJA GREENWOOD, *Der Verbraucherschutz beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen*, cit., p. 57, a propósito do art. 2.º, e), da Diretiva 2002/65/CE.

O consumidor pode alterar o meio de comunicação à distância utilizado desde que isso seja compatível com o contrato celebrado ou com a natureza do serviço financeiro prestado (art. 6.º DL 95/2006). No entanto, o DL 95/2006 apenas considera ser contrato à distância o contrato cuja formação e conclusão sejam exclusivamente efetuadas através de meios de comunicação à distância²⁵.

O art. 4.º do DL 95/2006 tem em vista contratos de execução continuada. Estão ali abrangidos dois grupos diferentes de casos: de um lado, os casos de acordo inicial de prestação do serviço financeiro e subsequente realização de operações de execução continuada (n.º 1)²⁶; de outro, os que se traduzem na prestação do serviço financeiro através da realização de operações de execução continuada, sem que exista acordo inicial (n.º 2)²⁷.

²⁵ Cfr. tb. o art. 2.º, a), da Diretiva 2002/65/CE. Como escreve ANJA GREENWOOD, *Der Verbraucherschutz beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen*, cit., p. 60, a justificação do regime encontra-se na total ausência de contacto entre as partes contratuais. Para a autora, não deixaria de haver contrato à distância se apenas existiu um contacto pessoal de muito curta duração que não permitiu ao consumidor informar-se sobre todos os detalhes que são abrangidos pelo dever de informação na contratação à distância em causa.

²⁶ De acordo com o art. 1.º, 2, primeiro parágrafo, da Diretiva 2002/65/CE estas operações de execução continuada podem ser operações sucessivas ou uma série de operações distintas da mesma natureza.

²⁷ O art. 1.º, 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2002/65/CE acrescenta que as operações em causa devem ter a mesma natureza. Coloca-se, assim, a questão de saber se, deste modo, é respeitado o art. 4.º da Diretiva. Considerando que a «mesma natureza» não significa serem iguais, ANJA GREENWOOD, *Der Verbraucherschutz beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen*, cit., p. 76; com outra leitura, RALF MOHRHAUSER, *Der Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher*, cit., p. 69, para quem só não haverá necessidade de repetir as informações se a modalidade contratual for a mesma e, além disso, se o preço global (*Gesamtpreis*), os impostos e custos forem «absolut identisch».



No primeiro grupo, o regime do DL 95/2006 só se aplica ao acordo inicial. No segundo, os arts. 13.º a 18.º apenas se aplicam à primeira das operações (art. 4.º, 2), mas o direito de livre resolução parece manter-se intocado quanto às restantes e, se decorrer um período de tempo superior a um ano entre as operações de execução continuada, as exigências de informação constantes daqueles preceitos voltam a aplicar-se à primeira operação realizada após esse intervalo (art. 4.º, 3).

Isto compreende-se: não faria sentido exigir que se estivesse constantemente a repetir a mesma informação, por exemplo²⁸. Como não se justificaria, na hipótese do art. 4.º, 1, estar a reconhecer o direito de livre resolução quanto a cada subsequente operação de execução²⁹. No entanto, como se lê no Considerando 17 da Diretiva 2002/65/CE, o «aditamento de novos elementos a um acordo inicial de serviço» constitui «um contrato adicional a que se aplica a presente diretiva»³⁰. E esta leitura parece valer também para o regime do art. 4.º do DL 95/2006³¹.

Grande parte do regime contido no DL 95/2006 incide sobre as informações a prestar aos consumidores: sobre o prestador do serviço, sobre o serviço financeiro, sobre o contrato à

²⁸ ANJA GREENWOOD, *Der Verbraucherschutz beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen*, cit., p. 65.

²⁹ V., sobre o tema, RALF MOHRHAUSER, *Der Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher*, cit., p. 66 e s., preocupando-se sobretudo com contratos-quadro celebrados com bancos.

³⁰ Dando o exemplo de um alargamento das prestações, RALF MOHRHAUSER, *Der Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher*, cit., p. 70.

³¹ Há, no entanto, muitos problemas cuja resolução parece mais difícil. Pense-se no acordo inicial celebrado presencialmente que é, depois, executado pela Internet. Sobre isto, RALF MOHRHAUSER, *Der Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher*, cit., p. 74 e ss..

distância, sobre mecanismos de proteção (v. tb. os arts. 3.º a 5.º da Diretiva 2002/65/CE)³².

O próprio DL 95/2006 dispõe no seu art. 39.º, a), que à «informação pré-contratual e aos contratos de serviços financeiros prestados ou celebrados à distância são subsidiariamente aplicáveis, em tudo o que não estiver disposto no presente decreto-lei, os regimes legalmente previstos, designadamente nos seguintes diplomas: a) Decreto-Lei n.º 7/2004 [...]».

O DL 95/2006 não se preocupa apenas com a informação pré-contratual. Basta ver o que se lê no art. 11.º, 4: «O consumidor pode, a qualquer momento da relação contratual, exigir que lhe sejam fornecidos os termos do contrato em suporte de papel»³³. Também daí resulta a necessidade de o prestador de serviços financeiros se precaver quanto a essas eventuais futuras exigências, arquivando devidamente os elementos em causa de forma a poder facultá-los mais tarde.

O art. 5.º daquele regime consagra a irrenunciabilidade dos direitos conferidos pelo DL 95/2006 ao consumidor³⁴. Além disso, se as partes escolherem a lei de um Estado que não seja

³² PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância*, cit., p. 66, considera que, relativamente à «informação genérica sobre o prestador de serviços, o serviço, as condições do contrato e os meios de defesa, não será razoável admitir que antes da celebração do contrato esta informação tenha de ser sempre pessoalmente dirigida ao consumidor». E, realmente, o art. 11.º, 1, do DL 95/2006 obriga a comunicar a informação constante do título em causa «em tempo útil e antes de» o consumidor ficar vinculado por uma proposta ou por um contrato à distância. Mas o consumidor também pode ficar vinculado pela sua proposta.

³³ Cfr. tb. o art. 5.º, 3, da Diretiva 2002/65/CE.

³⁴ O art. 12.º, 1, da Diretiva 2002/65/CE estabelece que o «consumidor não pode renunciar aos direitos que lhe são conferidos pela presente diretiva». Trata-se de formulação curiosa atendendo à natureza das Diretivas. Chamando a atenção para isso mesmo, ANJA GREENWOOD, *Der Verbraucherschutz beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen*, cit., p. 260.



membro da União Europeia como lei aplicável isso não retira ao consumidor a proteção conferida pelo DL 95/2006³⁵.

2.4. A Lei do Contrato de Seguro (LCS)

A Lei do Contrato de Seguro (LCS)³⁶ deve ser também convocada. Aliás, a própria LCS remete para a legislação sobre contratos celebrados à distância em vários dos seus preceitos: v., p. ex., o art. 3.º, 19.º, 1, 118.º, 1, c), 4 e 7. Na LCS encontramos, designadamente, preceitos relativos à informação pré-contratual³⁷ e ao direito de livre resolução. No entanto, e como veremos, a LCS é posterior ao DL 95/2006, o que nem sempre torna fácil a articulação entre os regimes no que diz respeito à celebração de contratos de seguro à distância com consumidores.

³⁵ O art. 12.º, 2, tem uma redação um pouco diferente, na medida em que exige que o contrato tenha «um vínculo estreito com o território de um ou mais Estados-Membros».

³⁶ Designação que vamos usar para identificar o Regime Jurídico do Contrato de Seguro, aprovado pelo DL 72/2008 e já alterado. A recente publicação da Diretiva (EU) 2016/97, de 20.1.2016, sobre a distribuição de seguros (reformulação), deverá conduzir a alterações da LCS. O prazo de transposição termina em 23.2.2018 (art. 42.º).

³⁷ O art. 4.º, 1, da Diretiva 2002/65/CE, aliás, dispõe que quando «a legislação comunitária que regula os serviços financeiros preveja requisitos de informação prévia para além dos referidos no n.º 1 do artigo 3.º, esses requisitos continuam a ser aplicáveis».

2.5. Outros diplomas

Há ainda um conjunto de outros diplomas legais que não podem ser ignorados³⁸: a talhe de foice, lembramos o regime da assinatura digital³⁹, o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais⁴⁰ (tanto mais que o consumidor, se é muitas vezes quem apresenta a proposta, é também destinatário das cláusulas contratuais gerais)⁴¹, a Lei de Defesa do Consumidor⁴², o Regime Jurídico das Práticas Comerciais Desleais⁴³, o Código da Publi-

³⁸ A articulação é muitas vezes difícil. Sobre o tema, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «O direito à não-informação», *Estudos de direito do consumidor*, n.º 9, 2015, Ed. Especial, *Atas do Colóquio O novo regime da contratação à distância*, p. 45 e ss..

³⁹ DL 290-D/99, de 2 de agosto, com alterações.

⁴⁰ V. o DL 446/85, de 25 de outubro, com alterações.

⁴¹ Sobre a aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais ao contrato de seguro, v. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, «Cláusulas iníquas ou abusivas no contrato de seguro», JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, «O Regime comunitário das cláusulas abusivas e o contrato de seguro», ARNALDO FILIPE OLIVEIRA, «Cláusulas abusivas e o contrato de seguro», todos em AAVV, *Congresso Luso-Hispano de direito dos seguros*, Almedina, Coimbra, 2009, respetivamente a p. 159-172, p. 193-222, e 223-242.

⁴² V. a L 24/96, de 31 de julho, com alterações. O próprio art. 3.º da LCS estabelece que o seu regime «não prejudica a aplicação ao contrato de seguro do disposto na legislação sobre cláusulas contratuais gerais, sobre defesa do consumidor e sobre contratos celebrados à distância, nos termos do disposto nos referidos diplomas». Sobre a aplicação da LDC no ambiente digital, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, «A protecção do consumidor no quadro da Directiva sobre o Comércio Electrónico», cit., p. 74 e s..

⁴³ V. o DL 57/2008, de 26 de março, (com alterações), que transpõe a Diretiva 2005/29/EU, de 11 de maio de 2005. Alertando para os riscos de práticas desleais no setor financeiro, Comunicação da Comissão «Uma Agenda do Consumidor Europeu para incentivar a confiança e o crescimento», COM (2012)225 final, de 22.5.2012, p. 14. Olhando para o regime das práticas comerciais desleais pensando na contratação à distância, PEDRO MAIA, «Contratação à distância e práticas



cidade⁴⁴, o regime dos pagamentos à distância⁴⁵, o regime de proteção de dados pessoais⁴⁶ e o do cibercrime⁴⁷.

O próprio Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora, aprovado pela L 147/2015, de 9 de setembro, e convocado pelo art. 6.º, 2, LCS, contém normas que devem ser conhecidas: é o caso do art. 156.º, que trata de matérias relativas à publicidade efetuada pelas empresas de seguros⁴⁸.

Por sua vez, o DL 144/2006, de 31 de julho, aprovou o Regime Jurídico da Atividade de Mediação de Seguros ou de Resseguros. Também nele se encontram preceitos relevantes para o nosso tema: por exemplo, os arts. 32.º (que estabelece deveres de informação pré-contratual do mediador para com o cliente), 33.º (sobre as «condições de informação»; v. em especial o n.º 4 e os termos da remissão para o DL 95/2006) e 37.º, e) (informação sobre o montante da remuneração do mediador pela prestação do serviço de mediação).

O DL 384/2007, de 19 de novembro, impõe ao segurador

comerciais desleais», *Estudos de direito do consumidor*, n.º 9, 2015, Ed. Especial, *Atas do Colóquio O novo regime da contratação à distância*, p. 143.

⁴⁴ Aprovado pelo DL 330/90, de 23 de outubro, e entretanto alterado.

⁴⁵ V. a Diretiva 2007/64/CE e o Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica constante do DL 317/2009, de 30 de outubro, com alterações posteriores.

⁴⁶ Lei 67/98, de 26 de outubro, entretanto alterada. V. tb. a Diretiva 2002/58/CE.

⁴⁷ V. a L 109/2009, de 15 de setembro. Para uma enumeração das ciberameaças, v. a Comunicação da Comissão «Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa», COM 82015) 192 final, p. 14 e s.

⁴⁸ Também a Diretiva Solvência II enumera nos arts. 183.º e ss. informações que devem ser prestadas aos tomadores de seguros.

mais deveres de informação. Esses são deveres relativamente ao tomador de seguro, ao segurado e ao beneficiário quanto a contratos de seguro de vida, de acidentes pessoais e operações de capitalização (com as exclusões legalmente previstas).

Outro diploma de considerável relevo para o tema que nos ocupa é o DL 176/95, de 26 de julho, que não foi integralmente revogado pelo DL 72/2008 (este último aprovou a LCS, como é sabido). Ao longo daquele DL surgem exigências de informação e publicidade. No art. 5.º-A são especialmente visados os ICAE, para os quais o n.º 4 exige a disponibilização de prospeto informativo e estabelece direitos de resolução e «renúncia» aos efeitos do contrato. O art. 6.º impõe deveres quanto à afixação das condições tarifárias e o art. 7.º contém limitações quanto à publicidade realizada pelo segurador.

Por sua vez, o art. 2.º do DL 211-A/2008, de 3 de novembro, sob a epígrafe «produtos financeiros complexos», obriga a disponibilizar determinada informação quanto aos mesmos. Note-se que os ICAE ou Instrumentos de Captação de Aforro Estruturados são considerados produtos financeiros complexos (n.º 6). Surge também aqui a obrigatoriedade de entrega de prospeto antes da colocação de qualquer produto financeiro complexo (n.ºs 2 e 3), que deve ser elaborado «em linguagem clara, sintética e compreensível» e conter informação «completa, verdadeira, atual, clara, objetiva, lícita e adequada de modo a garantir o investimento de acordo com critérios de compreensão, adequação e transparência». De acordo com o n.º 1 do referido art. 2.º, os «instrumentos financeiros que, embora assumindo a forma jurídica de um instrumento financeiro já existente, têm características que não são diretamente iden-

tificáveis com as desse instrumento, em virtude de terem associados outros instrumentos de cuja evolução depende, total ou parcialmente, a sua rendibilidade, têm que ser identificados na informação prestada aos aforradores e investidores e nas mensagens publicitárias como produtos financeiros complexos»⁴⁹.

Todos estes textos legais são aqui trazidos porque, em maior ou menor medida, cuidam da informação que deve ser prestada pelo segurador. E essa é uma matéria que tem especial importância na contratação à distância, como aliás se vê no DL 95/2006⁵⁰. Nas páginas que se seguem, daremos especial

⁴⁹ No art. 206.º, 1, da LCS vemos que os ICAE «correspondem a instrumentos financeiros que, embora assumam a forma jurídica de um instrumento original já existente, têm características que não são diretamente identificáveis com as do instrumento original, em virtude de terem associados outros instrumentos de cuja evolução depende, total ou parcialmente, a sua rendibilidade, sendo o risco do investimento assumido, ainda que só em parte, pelo tomador de seguro». Por sua vez, o n.º 2 considera ICAE os seguros ligados a fundos de investimento (*united linked*), «podendo, por norma regulamentar da autoridade de supervisão competente, ser qualificados como instrumentos de captação de aforro estruturados outros contratos ou operações que reúnam as características identificadas no número anterior». Para uma crítica à qualificação como instrumento financeiro, v. PAULO CÂMARA, *Manual de direito dos valores mobiliários*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 208 e s.. O art. 206.º surge inserido num capítulo dedicado ao seguro de vida e o art. 184.º, 2, da LCS faz expressa menção aos seguros ligados a fundos de investimento, mandando aplicar a secção respetiva, mas excluindo os arts. 185.º e 186.º

⁵⁰ Não garantimos que toda a legislação relevante tenha sido mencionada. A eventual intervenção de intermediários financeiros convoca todo um outro conjunto de normas relevantes. Desde logo, no que diz respeito à informação a prestar. O CVM será, então, outro diploma a estudar. A própria CMVM tem como atribuições, entre outras, a «supervisão e a regulação dos deveres de conduta das entidades que se proponham a celebrar ou mediar contratos de seguro ligados a fundos de investimento ou a comercializar contratos de adesão individual a fundos de pensões abertos» (art. 353.º, 1, c), do CVM) e, relativamente a esses contratos, deve adotar «os regulamentos necessários sobre prestação de informação, consultoria, publicidade, prospeção, comercialização e mediação, incluindo sobre o processamento e conservação de registos destas, ouvido o Instituto de Seguros de Portugal» (hoje, Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões)

atenção à LCE, ao DL 95/2006, à LCS, ao RCCG e ao regime das práticas comerciais desleais.

3. Informações a prestar

3.1. Nota prévia

A informação a prestar pelo prestador de serviços à contraparte num contrato celebrado à distância é objeto de tratamento legal bastante pormenorizado⁵¹, procurando dessa forma combater a assimetria que normalmente se verificará. Tanto mais que o consumidor de produtos financeiros é confrontado com

e tem poderes de supervisão sobre entidades «que se proponham a celebrar ou mediar contratos de seguro ligados a fundos de investimento ou a comercializar contratos de adesão individual a fundos de pensões abertos, no âmbito destas atividades» (art. 359.º, 1, i, do CVM). O art. 2.º, 3, do CVM manda aplicar os seus Títulos I (Disposições gerais), VII (Supervisão e regulação) e VIII (Crimes e ilícitos de mera ordenação social) aos contratos de seguro ligados a fundos de investimento e a contratos de adesão individual a fundos de pensões abertos. Embora não se mande aplicar aos referidos contratos de seguro o Título VI, relativo à intermediação, encontram-se no Título I várias normas relativas a informação a prestar. A DMIF II (Diretiva 2014/65/UE); quantos aos efeitos da revogação da Diretiva 2004/39/CE, v. o art.º 94.º da DMIFII também se preocupa com as informações a prestar aos clientes (v. em especial os arts. 24.º e 25.º). A tudo isto acresce que os próprios Bancos podem, entre muitas outras coisas, efetuar operações de mediação de seguros (art. 4.º, 1, m), do RGIC; sobre os riscos envolvidos nestas situações em geral, PIERPAOLO MARANO, «The EU regulatory framework on bancassurance: work in progress on what?», *Revija za pravo osiguranja*, 2/2011, p. 14 e ss.). Também haverá que contar, pois, com os deveres de informação que recaem sobre as instituições de crédito. Sobre a necessidade de simplificar o quadro legal existente no que diz respeito à informação relativa ao contrato de seguro, ANGELO BORSELLI, «Cognosceat emptor: on the insurer's duty to inform the prospective policyholder in Europe», disponível em <http://ssrn.com>.

⁵¹ A Diretiva 2002/65/CE também se pronuncia de forma desenvolvida sobre o tema.



um objeto contratual que não é palpável e que só pode ser compreendido lendo palavras com significados muitas vezes difíceis de compreender pelo consumidor. No caso da contratação de seguros à distância, o regime relativo à informação a prestar ao consumidor está disperso por vários diplomas, como vimos.

É importante voltar a lembrar que a contratação à distância não é necessariamente eletrónica e que alguns preceitos são apenas aplicáveis às relações com consumidores. Nas linhas que se seguem, teremos em vista aspetos que estão especialmente relacionados com as informações a prestar na contratação de seguros à distância. Mas o facto de o DL 95/2006 se preocupar com deveres de informação do prestador do serviço e, portanto, também do segurador, não afasta os deveres de informação a cargo do tomador do seguro ou do segurado, sobre os quais o segurador também deve informar o eventual tomador ou segurado (art. 24.º, 4, LCS).

Nas relações com o consumidor, o segurador tem o ónus da prova de que cumpriu a sua obrigação de informação para com aquele (art. 10.º, 1, do DL 95/2006). Mas não só: tem também o ónus da prova de que o consumidor deu o consentimento em relação à celebração do contrato e, se for o caso, à sua execução. São, aliás, proibidas as cláusulas com que se procure transferir para o consumidor o ónus da prova de todas ou parte dessas obrigações (art. 10.º, 2, do DL 95/2006)⁵². A prova dos factos em causa pode ser relevante para vários efeitos: v., p. ex. os arts. 20.º, 2, e 25.º, 2 e 3, do DL 95/2006.

⁵² O art. 10.º do DL 95/2006 procura transpor o art. 15.º da Diretiva 2002/65/CE. O art. 15.º, 2.º par., dessa Diretiva considera abusiva qualquer «cláusula contratual que determine que o ónus da prova do cumprimento pelo prestador da totalidade ou de parte das obrigações que para ele decorrem da presente diretiva recai sobre o consumidor».

3.2. Informações sobre o prestador de serviços à distância por via eletrónica. A LCE

No que diz respeito aos prestadores de serviços à distância por via eletrónica abrangidos pela LCE, o respetivo art. 10.º obriga à disponibilização permanente, em linha e em condições que permitam um acesso fácil e direto, de um conjunto de informações sobre o prestador. Essas informações dizem respeito aos elementos completos de identificação, aí se incluindo o nome ou denominação social, o endereço geográfico em que se encontra estabelecido e o endereço eletrónico, em termos que permitam uma comunicação direta, as inscrições do prestador em registos públicos e os números de registo e ainda o NIF. Estando a atividade sujeita a um regime de autorização prévia, como é o caso da atividade seguradora, devem disponibilizar também informação relativa à entidade que concedeu aquela autorização. No caso de os serviços prestados incluírem outros custos para além dos que dizem respeito aos serviços de telecomunicações, deve ser prestada informação clara sobre os mesmos antes da utilização dos serviços. Estão em causa, por exemplo, ónus fiscais ou despesas de entrega⁵³.

São igualmente merecedores de especial atenção os arts. 20.º e 21.º. Neles se abordam as comunicações publicitárias em rede e à distância por via eletrónica.

⁵³ Muitas das exigências constantes de algumas normas surgem repetidas noutras. Daí que o segurador tenha de manter atualizadas listas que recolham essas diversas exigências. Deverá também ter particular cuidado com as palavras usadas na lei: disponibilizar e comunicar, por exemplo, podem significar coisas diferentes.

3.3. Informação pré-contratual a facultar pelo prestador de serviços em rede que celebre contratos em linha. Ainda a LCE

O art. 28.º da LCE enumera, no seu n.º 1, informação mínima «inequívoca» que deve ser facultada aos destinatários pelo prestador de serviços em rede que celebre contratos em linha. Essa informação deve ser prestada tanto a consumidores como a não consumidores. No entanto, na contratação com não consumidores o referido dever é *derrogável* por acordo em contrário das partes (art. 28.º, 2, LCE). Além disso, o art. 28.º é um dos preceitos da LCE que não é aplicável a contratos celebrados *exclusivamente* por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente (art. 30.º da LCE)⁵⁴.

A informação que o art. 28.º, 1, LCE obriga a prestar previamente ao destinatário é a seguinte: «a) O processo de celebração do contrato; b) O arquivamento ou não do contrato pelo prestador de serviço e a acessibilidade àquele pelo destinatário; c) A língua ou línguas em que o contrato pode ser celebrado; d) Os meios técnicos que o prestador disponibiliza para poderem ser identificados e corrigidos erros de introdução que possam estar contidos na ordem de encomenda; e) Os ter-

⁵⁴ Sobre o problema que levantam os contratos «mistos», v. PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato electrónico*, cit., p. 151 e s., lembrando também que num «contrato de seguro cujo risco concreto necessita de descrição do tomador de seguro, avaliação e determinação do preço pelo segurador, análise de condições contratuais normalmente extensas e densas, à apresentação da oferta em rede numa loja virtual segue-se, em regra, uma série de troca de informações e dados de identificação, que vão individualizar aquele contrato. Tal não exclui a possibilidade de, em seguros simples e muito normalizados, ser possível concretizar contratos de seguro em linha, sem que exista troca de comunicações individualizadas» (nt. 397).

mos contratuais e as cláusulas gerais do contrato a celebrar⁵⁵; f) Os códigos de conduta de que seja subscritor e a forma de os consultar eletronicamente». No entanto, se as partes não são consumidores tais exigências são derogáveis por acordo em contrário (art. 28.º, 1, LCE).

O prestador de serviços deverá preparar o seu sítio na Internet para poder cumprir os deveres acima enunciados. As fases do processo devem permitir provar que o destinatário ficou devidamente informado.

3.4. Informação pré-contratual na celebração de contratos de seguro à distância com tomador consumidor

3.4.1. Principais aspetos regulados no DL 95/2006 relativamente à informação pré-contratual

No que diz respeito ao contrato de seguro celebrado à distância com tomador consumidor, o DL 95/2006 regula, nos seus arts. 11.º e ss., um conjunto vasto de aspetos relacionados com a informação pré-contratual que deve ser prestada: quanto à forma e momento da prestação de informação e quanto à própria informação a ser prestada⁵⁶.

⁵⁵ O art. 31.º, 1, da LCE obriga a que, na contratação por via eletrónica ou informática, os termos contratuais, as cláusulas contratuais gerais e o aviso de receção sejam comunicados de forma a permitir que o destinatário os possa armazenar e reproduzir.

⁵⁶ Lembrando o papel dos deveres de informação na contratação à distância para a tutela do consentimento, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, «O novo regime da contratação à distância. Breve apresentação», in *Estudos de Direito do Consumi-*

3.4.2. *Suporte e momento de prestação da informação pré-contratual na celebração de contratos de seguro à distância com tomador consumidor. A língua*

No que diz respeito ao suporte a utilizar para a prestação da informação pré-contratual em causa e dos próprios termos do contrato⁵⁷, resulta do art. 11.º, 1, que devem ser «comunicados em papel ou noutra suporte duradouro disponível e acessível ao consumidor, em tempo útil e antes de este ficar vinculado por uma proposta ou por um contrato à distância».

Se não existir comunicação em papel, deve ser utilizado um suporte duradouro, entendendo-se por tal «aquele que permita armazenar a informação dirigida pessoalmente ao consumidor, possibilitando no futuro, durante o período de tempo adequado aos fins a que a informação se destina, um acesso fácil à mesma e a sua reprodução inalterada» (n.º 2)⁵⁸.

dor, n.º 9, 2015, Ed. Especial, *Actas do Colóquio O Novo Regime da Contratação à Distância*, p. 16.

⁵⁷ Considerando que neles se incluem as condições gerais, especiais e particulares, PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância*, cit., p. 64, nt. 164. Na verdade, o art. 5.º, 1, da Diretiva 2002/65/CE faz referência a «(todos os termos do contrato)».

⁵⁸ V. os arts. 1.º, f), e 5.º, 1, da Diretiva 2002/65/CE. No Considerando 20 da Diretiva lê-se que os «suportes duradouros incluem, nomeadamente, disquetes informáticas, CD-ROM, DVE e o disco duro do computador do consumidor que armazene o correio eletrónico, mas não incluem sítios na internet, salvo se estes preencherem os critérios contidos na definição de suporte duradouro». Assim, a simples informação disponibilizada ao público no sítio da Internet não basta porque não é informação dirigida pessoalmente ao consumidor: RALF MOHRHAUSER, *Der Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher*, cit., p. 87, e ANJA GREENWOOD, *Der Verbraucherschutz beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen*, cit., p. 95. O processo que conduzirá à celebração do contrato deve incluir o envio pessoal dessa informação ao consumidor. O art. 11.º, 1, obriga a que o suporte esteja dis-

O «tempo útil» com que deve ser feita a comunicação será apreciado caso a caso. Dependerá, por exemplo, do valor em causa ou da quantidade de informação a prestar. A comunicação da informação não se confunde, no entanto, com a simples publicidade relativamente aos serviços prestados⁵⁹.

Se tiver partido do consumidor a iniciativa da celebração do contrato, há que ter em conta que o meio de comunicação à distância escolhido por aquele (v.g., telefone) pode não permitir a transmissão da informação e dos termos do contrato de acordo com o art. 11.º, 1. Quando assim seja, o prestador do serviço deve cumprir as obrigações mencionadas *imediatamente* após a celebração do contrato.

A comunicação por telefonia vocal merece especial tratamento no art. 18.º do DL 95/2006. Destacamos a possibilidade de, no momento da comunicação telefónica e mediante prévio consentimento expresso do consumidor, ser transmitida uma quantidade de informação inferior à que será a regra, mas sem prejuízo do envio posterior da informação devida (art. 18.º, 4). A isto voltaremos.

De qualquer modo, o art. 11.º, 4, também estabelece que em «qualquer momento» da relação contratual o consumidor pode exigir que os termos do contrato lhe sejam fornecidos em suporte de papel (v. tb. o art. 5.º, 3, da Diretiva 2002/65/CE).

Quanto à língua a utilizar, se o consumidor for português

ponível e acessível ao consumidor e o n.º 2 do mesmo artigo exige um acesso fácil à informação. Tudo isto deve ser tido em conta quando, por exemplo, se escolhe o *software* a utilizar. Sobre isto, RALF MOHRHAUSER, ob. cit., p. 87, nt. 377, que pergunta se o consumidor está ou não obrigado a ter um determinado programa para abrir documentos que lhe sejam enviados.

⁵⁹ ANJA GREENWOOD, *Der Verbraucherschutz beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen*, cit., p. 81.



a informação pré-contratual, os termos do contrato à distância e as demais informações relativas ao contrato devem ser prestadas ou efetuadas em língua portuguesa caso o consumidor não tenha aceite a utilização de outro idioma (art. 9.º, 1)º⁶⁰.

Se o consumidor não é português ou aceita a utilização de outro idioma, o prestador do serviço financeiro deve indicar-lhe o idioma ou idiomas em que lhe são transmitidos as informações pré-contratuais, os termos do contrato e as demais comunicações relativas ao contrato (art. 9.º, 2). Trata-se, neste caso, de uma solução arriscada tendo em conta que se confia demasiado na aceitação pelo consumidor. De qualquer modo, há que contar com as exigências decorrentes da «observância dos princípios da boa fé» (art. 12.º).

3.4.3. *Qualidade da informação fornecida pelo prestador do serviço financeiro ao consumidor*

A informação prevista no Título II do DL 95/2006 deve ser prestada observando o disposto no art. 12.º do referido diploma legal. Assim, essa informação deve ser prestada respeitando um conjunto de exigências: a) Clareza; b) Percetibilidade; c) Adaptação ao meio de comunicação à distância utilizado; d) Observância dos princípios da boa fé; e) Identificação, de modo inequívoco, dos objetivos comerciais do prestador.

A informação não pode ser prestada com recurso a

⁶⁰ De acordo com o Considerando 31 da Diretiva 2002/65/CE, as disposições da diretiva «relativas à escolha da língua pelo prestador não devem prejudicar as disposições de direito nacional relativas à escolha da língua adotadas nos termos do direito comunitário».

meras remissões para normas legais ou utilizando conceitos que apenas um jurista possa entender⁶¹.

3.4.4. *Informação pré-contratual relativa ao prestador de serviços financeiros, sobre o serviço financeiro, sobre o contrato e sobre os mecanismos de proteção na contratação à distância com consumidores*

Nos arts. 13.º, 14.º, 15.º e 16.º do DL 95/2006 é exigida a prestação⁶² de informação pré-contratual aos consumidores no que diz respeito, respetivamente, ao prestador de serviços, ao serviço financeiro, ao contrato e aos «mecanismos de proteção». Segue-se, assim, a ordem por que surgem enumerados os assuntos no art. 3.º, 1, da Diretiva 2002/65/CE.

Quanto à informação pré-contratual relativa ao prestador de serviços, o art. 13.º preocupa-se, em particular, com um conjunto de dados que permitem identificar o prestador de serviços. Mas não só: também permitem identificar um eventual representante daquele prestador no Estado membro da União Europeia de residência do consumidor ou um profissional diferente do prestador com quem o consumidor tenha relações comerciais. Surgem igualmente mencionadas informações sobre

⁶¹ RALF MOHRHAUSER, *Der Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher*, cit., p. 81, pronunciando-se acerca das soluções contidas no BGB.

⁶² Curiosamente, no art. 3.º, 1, da Diretiva 2002/65/CE usaram-se os termos «deve beneficiar das seguintes informações». Mas também nas versões noutras línguas encontramos diferenças. Assim, na versão em francês surge «(il reçoit)»; na versão em alemão, «zur Verfügung zu stellen»; em castelhano, «deberá recibir»; em inglês, «he shall be provided with».



locais que facilitem o contacto físico com o prestador de serviço ou seu representante⁶³.

No que diz respeito ao serviço financeiro a prestar, para além de se exigir que seja fornecida uma descrição das principais características do serviço financeiro, é dada especial atenção às consequências de carácter patrimonial que podem resultar para o consumidor se este celebrar o contrato (art. 14.º).

Por sua vez, o art. 15.º indica informação relativa ao contrato à distância que deve ser prestada ao consumidor, sendo de destacar a relativa à resolução do contrato e à lei aplicável⁶⁴. Além disso, o n.º 2 estabelece que a «informação sobre obrigações contratuais a comunicar ao consumidor na fase pré-contratual deve ser conforme à lei presumivelmente aplicável ao contrato à distância»⁶⁵.

No art. 16.º encontramos ainda exigências quanto à informação pré-contratual a prestar ao consumidor de produtos financeiros relativamente a mecanismos de proteção (art. 16.º), interessando agora, e sobretudo, os relativos a sistemas de indemnização de investidores e a meios extrajudiciais de resolução de litígios⁶⁶.

⁶³ Também o art. 20.º da LCS exige que o segurador informe o tomador «do local e do nome do Estado em que se situa a sede social e o respetivo endereço, bem como, se for caso disso, da sucursal através da qual o contrato é celebrado e do respetivo endereço».

⁶⁴ O teor da al. g) do art. 3.º, 1, 3, da Diretiva 2002/65/CE não surge reproduzido no art. 15.º do DL 95/2006. V., porém, o art. 9.º deste último diploma, que vai mais longe do que a Diretiva quanto ao consumidor português.

⁶⁵ V. tb. o art. 3.º, 4, da Diretiva 2002/65/CE.

⁶⁶ Podem encontrar-se informações úteis em http://ec.europa.eu/finance/fin-net/index_en.htm. Porém, na data da nossa consulta (29.6.2016), sítio só encontramos informações em francês, inglês e alemão. O que, para tutela dos consumidores na União Europeia, deixa alguma coisa a desejar... Sobre a resolu-

3.4.5. *Outra informação pré-contratual prevista no DL 95/2006*

No art. 17.º do DL 95/2006 encontramos ainda outras exigências quanto à informação pré-contratual a prestar ao consumidor de produtos financeiros. Torna-se acima de tudo claro que o regime sobre informação pré-contratual que se encontra previsto no título II do DL 95/2006 *não afasta as informações adicionais que sejam exigidas na legislação reguladora dos serviços financeiros e, por isso, as exigidas na legislação reguladora da atividade seguradora* (art. 17.º, 1). A tudo isso acresce que pelo segurador devem ser prestadas outras informações prévias exigidas pela legislação sobre contratos e sobre defesa do consumidor⁶⁷.

3.4.6. *O contacto por meio de telefonia vocal*

A telefonia vocal é um instrumento com grandes potencialidades no desenvolvimento do comércio à distância. Porém, as dificuldades na transmissão de informação também são evidentes. Se a lei obrigar o segurador a prestar telefonicamente, sempre e em todos os casos, a informação normalmente exigida, pode condenar ao insucesso aquele meio de contratação à distância. Vejamos como a lei aborda esses problemas.

No caso de o prestador de serviço contactar o consumi-

ção alternativa de litígios no âmbito do consumo, refiram-se a Lei 144/2015, de 8 de setembro, que transpõe a Diretiva 2013/11/EU, de 21 de maio, e o Regulamento (EU) n.º 524/2013, de 21 de maio.

⁶⁷ PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância*, cit., p. 63.



dor por meio de telefonia vocal, deve começar por indicar «inequivocamente, no início da comunicação, a sua identidade e o objetivo comercial do contacto» (art. 18.º, 1, do DL 95/2006; cfr. tb. o art. 3.º, 3, a), da Diretiva 2002/56/CE). Isto deverá facilitar uma eventual recusa por parte do consumidor quanto ao prosseguimento da chamada⁶⁸.

Uma vez recebido o consentimento expresso do consumidor, o art. 18.º, 2, permite que o prestador de serviços transmita ao consumidor apenas a informação ali prevista⁶⁹. Mas, além disso, o prestador deve comunicar ao consumidor que existem outras informações e a sua natureza e, se este pretender, que essas informações lhe podem ser prestadas nesse momento⁷⁰. De qualquer modo, se o contrato for celebrado o prestador do serviço fica obrigado a fornecer posteriormente ao consumidor toda a informação pré-contratual prevista no Título II do DL 95/2006 e respeitando o disposto no art. 11.º (v. art. 18.º, 4). Isso parece significar que o prestador, imediatamente após a celebração do contrato por via telefónica vocal, deve comunicar ao consumidor, em papel ou noutro suporte duradouro disponível e acessível a este último, a referida informação. O que foi dito até agora mostra bem a importância da prova do momento em que o contrato foi celebrado.

⁶⁸ ANJA GREENWOOD, *Der Verbraucherschutz beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen*, cit., p. 146. As chamadas telefónicas através de sistemas automatizados têm um regime próprio no art. 8.º do DL 95/2006, que também analisaremos.

⁶⁹ A comparação com os arts. 13.º-16.º pode suscitar algumas dúvidas acerca da correção das soluções.

⁷⁰ E não só. Também a prova de que foi prestada a informação devida e do consentimento expresso exigido pelo art. 18.º, 2, do DL 95/2006.

Os arts. 11.º, 3, e 18.º, 4, deixam, no entanto, uma dúvida. A obrigação de o segurador transmitir posteriormente a informação legalmente prevista existe em todos os casos de comunicação por telefonia vocal ou apenas quando a iniciativa da celebração do contrato partiu do consumidor e foi ele que escolheu aquele meio de comunicação à distância?

A própria Diretiva 2002/65/CE não nos dá grande ajuda. O art. 3.º, 3, parte final, desta Diretiva apenas dispõe que em qualquer caso «o prestador deve prestar informações completas quando cumprir as suas obrigações nos termos do artigo 5.º». Por sua vez, o n.º 2 do mencionado art. 5.º faz referência ao cumprimento da obrigação prevista no n.º 1 após a celebração do contrato à distância «se esse tiver sido celebrado a pedido do consumidor, utilizando um meio de comunicação à distância que não permita transmitir os termos do contrato e as informações nos termos do n.º 1».

Há, porém, um aspeto em que o art. 11.º, 3, do DL 95/2006 não coincide com o teor do art. 5.º, 2, da Diretiva: naquele primeiro preceito é usada a expressão «iniciativa da celebração»; no segundo, «a pedido do consumidor». E, na verdade, o contrato pode ter sido celebrado «a pedido de alguém» mas não por iniciativa de quem pede. Por isso, nos casos em que a iniciativa (o primeiro contacto, desde logo) partiu do segurador, o art. 11.º, 3 do DL 95/2006 ainda deverá aplicar-se. Mesmo que o pedido de celebração tenha partido do consumidor.

Vamos mesmo mais longe. O art. 18.º, 1, começa por fazer referência aos casos em que foi estabelecido contacto por telefonia vocal e em que esse contacto tem objetivo comercial por parte do prestador. Sempre que assim seja, o regime do art. 18.º, 4, aplica-se: ou seja, toda a informação prevista no título

em causa deve ser transmitida posteriormente ao consumidor. A remissão para o art. 11.º apenas diz respeito aos «termos» dessa transmissão: não à sua necessidade.

O disposto no art. 12.º do DL 95/2006 aplica-se também às comunicações por telefonia vocal. A informação prestada deve ser prestada de modo claro e perceptível, de forma adaptada ao meio de comunicação utilizado e com observância dos princípios da boa fé.

3.5. Na LCS

A atual LCS é posterior ao DL 95/2006, contendo remissões para a legislação relativa ao contrato de seguro celebrado à distância. No art. 19.º, 1, da LCS está escrito que no contrato de seguro celebrado à distância as informações referidas no art. 18.º acrescem às previstas em regime especial (ou seja, às previstas no DL 95/2006)⁷¹.

No caso de seguro de pessoas, o art. 178.º LCS acrescenta informações que o segurador deve entregar ao candidato antes da realização de exames, quando a estes haja lugar. Por sua vez, o art. 185.º LCS enumera um conjunto de informações pré-contratuais que acrescem às previstas nos arts. 18.º e 21.º.

No que diz respeito ao art. 21.º da LCS, convém lembrar que o n.º 3 remete para o DL 95/2006 no que diz respeito ao modo de prestação de informações. Contudo, isso não exclui a obrigação de prestar também as informações resultantes da aquele regime na parte que não coincida com o disposto na

⁷¹ Salientando casos de sobreposição, EDUARDA RIBEIRO, «Artigo 19.º», in AAVV., *Lei do contrato de seguro anotada*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 108.

LCS, como aliás se vê pelo teor do art. 19.º, 1.

O n.º 5 do art. 21.º também acrescenta que a «proposta de seguro deve conter uma menção comprovativa de que as informações que o segurador tem de prestar foram dadas a conhecer ao tomador do seguro antes de este se vincular». E esta exigência parece valer para o contrato de seguro à distância. Mas há casos em que se impõe uma adaptação: basta ver o que resulta do regime aplicável às comunicações por telefonia vocal.

O art. 22.º da LCS estabelece um regime que não pode ser ignorado na contratação à distância, embora só seja aplicável se não se tratar de «contratos relativos a grandes riscos ou em cuja negociação ou celebração intervenha mediador de seguros» (n.º 4⁷²). Para os casos em que «a complexidade da cobertura e o montante do prémio a pagar ou do capital seguro o justifiquem e, bem assim, o meio de contratação o permita», o segurador fica obrigado a esclarecer o tomador, antes da celebração do contrato, quanto às modalidades de seguro que ofereça e que sejam convenientes para a concreta cobertura pretendida (n.º 1). O segurador deve, inclusivamente, chamar a atenção do tomador «para o âmbito da cobertura proposta, nomeadamente exclusões, períodos de carência e regime da cessação do contrato por vontade do segurador», e bem assim para os riscos de rutura de garantia em casos de sucessão ou modificação de contratos (n.º 2), tal como deve responder aos pedidos de esclarecimento que o tomador lhe dirija. Se há proposta de cobertura de diferentes tipos de risco, o segurador tem ainda o dever de «prestar esclarecimentos pormenorizados sobre a relação entre as diferentes coberturas» (n.º 3).

⁷² A norma ressalva os deveres específicos que impendem sobre o mediador.



O incumprimento dos deveres de informação e esclarecimento contidos na LCS pode ter sérias consequências. Por um lado, conduz à responsabilidade civil do segurador nos termos gerais (art. 23.º, 1, da LCS). Por outro (art. 23.º, 2, da LCS), no caso de incumprimento dos deveres de informação que se encontram previstos na subsecção composta pelos arts. 18.º-23 confere, em regra, ao tomador do seguro o direito de resolução do contrato (a menos que a falta do segurador «não tenha razoavelmente afetado a decisão de contratar da contraparte ou haja sido acionada a cobertura por terceiro») ainda, ser lembrado o regime contraordenacional.

Quanto às mensagens publicitárias relativas ao contrato de seguro, o art. 33.º, 1, da LCS considera que as mesmas, sendo concretas e objetivas, ficam integradas naquele contrato. No que diz respeito às cláusulas do contrato que as contrariem, consideram-se dele excluídas se não forem mais favoráveis ao tomador ou beneficiário. Porém, o regime referido não se aplica se decorreu «um ano entre o fim da emissão dessas mensagens publicitárias e a celebração do contrato, ou quando as próprias mensagens fixem um período de vigência e o contrato tenha sido celebrado fora desse período» (art. 33.º, 2, LCS).

3.6. O RCCG

Tratando-se de cláusulas contratuais gerais, o RCCG impõe deveres de informação que devem ser respeitados. Tanto mais que o art. 8.º do RCCG⁷³ considera excluídos dos contratos

⁷³ Chamando a atenção para isso mesmo, PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância*, cit., p. 65.

singulares as «cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efetivo» (n.º 1, b)).

O art. 5.º RCCG preocupa-se especialmente com a comunicação das cláusulas contratuais gerais. No caso de cláusulas contratuais gerais que os aderentes se limitem a subscrever ou aceitar, devem as mesmas ser-lhes comunicadas na íntegra, nos termos expostos no preceito referido.

3.7. Omissão de informação e práticas comerciais desleais

O regime das práticas comerciais desleais consta do DL 57/2008, de 26 de março, entretanto alterado pelo DL 205/2015, de 23 de setembro. É considerada prática comercial desleal a que seja «desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afete este relativamente a certo bem ou serviço» (art. 5.º, 1, do DL 57/2008). Em certos casos, a prática comercial desleal está relacionada com a informação prestada ou não ao consumidor: v., p. ex., os arts. 8.º, v), e 9.º, 1, a), 3 e 4⁷⁴, d) e l) do DL 57/2008.

⁷⁴ No n.º 4 é feita expressa referência ao regime jurídico da atividade seguradora e resseguradora, que então constava do DL 94-B/95, de 17 de abril (revogado pelo art. 34.º, b), da L 147/2015, de 9 de setembro), à LCE, ao DL 95/2006 e ao regime jurídico de mediação de seguros.



4. Comunicações não solicitadas

O consumidor de produtos financeiros tem direito a ser informado. Mas também tem o direito de não ser soterrado por comunicações enviadas pelos prestadores de serviços financeiros que não tenha solicitado ou a que não tenha dado o consentimento. O art. 8.º do DL 95/2006 veio conceder alguma proteção ao consumidor quanto a essas comunicações⁷⁵.

No que diz respeito a mensagens relativas à prestação de serviços financeiros à distância cuja *receção seja independente da intervenção do destinatário*, a lei exige o *consentimento prévio (opt-in)* do consumidor para o seu envio. São exemplos de meios de envio de mensagens cuja receção é considerada independente da intervenção do consumidor os sistemas automatizados de chamada (*Voice-Mail-System, Anrufautomaten*), a telecópia e o correio eletrónico⁷⁶.

Quanto ao envio de mensagens com a utilização de outros meios de comunicação à distância que *permitam uma comunicação individual*, vemos que é admitido pelo art. 8.º, 2, do

⁷⁵ Cfr. tb. o art. 10.º da Diretiva 2002/65/CE. No próprio Considerando 26 da Diretiva 2002/65/CE lê-se que o «consumidor deve ser protegido contra serviços não solicitados e ficar nesse caso dispensado de qualquer obrigação, não podendo a falta de resposta ser entendida como consentimento da sua parte. No entanto, esta regra não deve prejudicar a renovação tácita dos contratos validamente celebrados entre as partes, sempre que essa renovação tácita seja permitida pela lei dos Estados-Membros».

⁷⁶ Este último não vem enunciado no art. 10.º, 1, da Diretiva 2002/65/CE, mas o n.º 2 faz menção ao uso de outros meios de comunicação à distância que permitam comunicação individual.

DL 95/2006 desde que *não haja oposição (opt-out)* do consumidor «manifestada nos termos previstos em legislação ou regulamentação especiais»⁷⁷. Se é certo que esta era uma das alternativas previstas pelo art. 10.º, 2, da Diretiva 2002/65/CE, julgamos ainda assim preferível a outra: exigência de consentimento.

O legislador achou também adequado esclarecer que as comunicações efetuadas pelo prestador do serviço, a emissão ou recusa de consentimento prévio, podem gerar custos para o consumidor (art. 8.º, 3, do DL 95/2006). No que diz respeito às comunicações efetuadas pelo prestador do serviço, parece que a solução só valerá se o destinatário, nos casos do n.º 1, não deu consentimento prévio, e, nos casos do n.º 2, se houve oposição do consumidor⁷⁸.

⁷⁷ Cfr. a legislação relativa à proteção de dados pessoais: L 41/2004, de 18 de agosto, com alterações posteriores, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas. Como estabelece o art. 1.º, 2, da L 41/2004, esta «aplica-se ao tratamento de dados pessoais no contexto da prestação de serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público em redes de comunicações públicas, nomeadamente nas redes públicas de comunicações que sirvam de suporte a dispositivos de recolha de dados e de identificação, especificando e complementando as disposições da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (Lei da Proteção de Dados Pessoais)». Sobre o regime, desenvolvidamente, CATARINA SARMENTO E CASTRO, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, Almedina, Coimbra, 2005; v. tb. ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, «Comércio eletrónico de conteúdos digitais: proteção do consumidor a duas velocidades», *Estudos de direito do consumidor*, n.º 9, 2015, Ed. Especial, *Atas do Colóquio O novo regime da contratação à distância*, p. 177 e ss..

⁷⁸ É, aliás, duvidoso que o art. 10.º, 3, da Diretiva 2002/65/CE abrangesse também a comunicação. Sobre o problema, ANJA GREENWOOD, *Der Verbraucherschutz beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen*, cit., p. 257.



5. Serviços não solicitados

O art. 7.º do DL 95/2006 confere especial proteção ao consumidor perante a prestação de serviços financeiros à distância não solicitados.

Em primeiro lugar, surge-nos o problema dos serviços financeiros à distância que incluam um pedido de pagamento, imediato ou diferido. Se essa prestação de serviços financeiros não foi prévia e expressamente solicitada, ela é proibida (art. 7.º, 1, do DL 95/2006).

Quanto aos serviços financeiros à distância não solicitados que não incluam um pedido de pagamento, embora não sejam proibidos, não sujeitam o consumidor a qualquer obrigação, de pagamento ou outra, e os serviços consideram-se prestados a título gratuito (art. 7.º, 2, do DL 95/2006)⁷⁹. O silêncio do consumidor não vale aqui como consentimento (art. 7.º, 3, do DL 95/2006)⁸⁰.

⁷⁹ O facto de se tratar de uma transposição do art. 9.º da Diretiva 2002/65/CE levanta, no entanto, o problema de saber se o art. 7.º 2, será ou não apenas aplicável aos casos em que se possa dizer existir prática comercial desleal. Sobre a questão, ANJA GREENWOOD, *Der Verbraucherschutz beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen*, cit., p. 252.

⁸⁰ O art. 7.º, 4, do DL 95/2006 ressalva o regime da renovação tácita. Sobre o que a lei chama de prorrogação, v. o art. 41.º da LCS.

6. Momento da celebração do contrato

Um contrato celebra-se, em regra, com a apresentação de uma proposta e a aceitação da mesma. Esse regime não é afastado nos contratos celebrados à distância. E não é sequer afastado na celebração de contratos com recurso a meios eletrónicos ou informáticos, embora quando assim seja se torne necessário atender às especificidades que a seguir se enunciam. Isso é especialmente relevante na medida em que, hoje, a validade do contrato de seguro já não depende de forma especial (art. 32.º, 1, LCS).

Vimos que o art. 39.º, a), do DL 95/2006 convoca o disposto na LCE como regime subsidiariamente aplicável. Quando se trate de contratos de seguro celebrados por via eletrónica ou informática, os arts. 24.º-34.º da LCE são especialmente importantes. No entanto, o art. 30.º da LCE estabelece também que os arts. 27.º, 28.º e 29.º «não são aplicáveis aos contratos celebrados exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente».

Mas, por outro lado, o art. 24.º da LCE dispõe que as disposições do capítulo em causa «são aplicáveis a todo o tipo de contratos celebrados por via eletrónica ou informática, sejam ou não qualificáveis como comerciais».

Quanto à determinação do momento da celebração do contrato de seguro à distância, a LCE apenas nos auxilia quanto à contratação por via eletrónica e, mesmo no que a esta diz respeito, o regime que contém sobre o tema no seu

art. 29.º não se aplica aos «contratos celebrados exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente». Isso já nos permite distinguir entre os contratos celebrados exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente (obviamente, no âmbito da contratação por via eletrónica ou informática) e os restantes. Mas, para além disso, os arts. 27.º, 28.º e 32.º também obrigam a distinguir entre contratos celebrados por via eletrónica em linha e outros contratos celebrados por via eletrónica (não celebrados em linha)⁸¹.

De acordo com o n.º 1 do art. 29.º, o prestador de serviços que receba uma ordem de encomenda por via exclusivamente eletrónica⁸² deve acusar logo a sua receção igualmente por meios eletrónicos⁸³. Este regime vale ainda que a outra parte não seja consumidora, embora neste caso seja admitido acordo em contrário⁸⁴. O aviso de receção deve já conter a

⁸¹ PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato electrónico*, cit., p. 209, sustenta que o contrato em linha «pressupõe [...] a inexistência de negociação e a inexistência de comunicações individualizadas entre as partes».

⁸² PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato electrónico*, cit., p. 203, parece limitar o regime do art. 29.º da LCE ao contrato em linha.

⁸³ O art. 27.º da LCE obriga o «prestador de serviços em rede que celebre contratos por via eletrónica» a «disponibilizar aos destinatários dos serviços, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, meios técnicos eficazes que lhes permitam identificar e corrigir erros de introdução, antes de formular uma ordem de encomenda» (itálico nosso).

⁸⁴ É certo que, de acordo com o n.º 2 do mesmo art. 29.º, é «dispensado o aviso da receção da encomenda nos casos em que há imediata prestação em linha do produto ou serviço». Contudo, é difícil conceber a imediata prestação em linha no contrato de seguro. Como lembra MOITINHO DE ALMEIDA, «A celebração à distância do contrato de seguro», cit., p. 53, no contrato de seguro o serviço não é prestado imediatamente em linha: para além da cobertura, o segurador deve prestar em caso de sinistro. Por sua vez, Paula Ribeiro Alves afirma que no contrato de seguro a «execução passa, necessariamente, pela realidade, não diz respeito

identificação fundamental do contrato a que se refere (n.º 2 do art. 29.º da LCE) e basta que o prestador o envie «para o endereço eletrónico que foi indicado ou utilizado pelo destinatário do serviço» (art. 29.º, 4, LCE). O destinatário, perante o aviso de receção que a ele chegue, pode ou não reiterar a ordem emitida⁸⁵. Se o fizer, dispõe o art. 29.º, 5, da LCE que a encomenda se torna definitiva. A este propósito se fala de «duplo click».

Porém, o regime do art. 29.º da LCE diz respeito às ordens de encomenda remetidas por via exclusivamente eletrónica e a avisos de receção enviados por meios eletrónicos. Isso não significa, necessariamente, que o prestador de serviços (o segurador) ofereça os seus serviços em linha. Mas, por outro lado, relembramos que o art. 29.º não se aplica aos contratos celebrados exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente.

Se o prestador de serviços oferece os seus serviços *em linha*, há que distinguir. Quando essa oferta contém todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário, então representa uma *proposta contratual* (art. 32.º, 1, LCE⁸⁶). A ordem de encomenda que o prestador receba por via exclusivamente eletrónica

a bens ou serviços digitais), e por isso «não poderão ser executados directamente em linha» (PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O seguro electrónico*, cit., p. 81, nt. 203). Na verdade, a imediata prestação é já o cumprimento (ALEXANDRE DIAS PEREIRA, «A via electrónica da negociação (alguns aspectos)», *Estudos de direito do consumidor*, 8, CDC, Coimbra, 2008, p. 284, defendendo que naquele caso também não será necessária a «confirmação»).

⁸⁵ PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato electrónico*, cit., p. 212, sugere que se veja o pagamento do prémio como confirmação da ordem de encomenda.

⁸⁶ O regime do art. 32.º, 1, LCE vale para a oferta de produtos ou serviços em linha. Mas o art. 29.º da LCE não parece aplicar-se apenas a esses casos.

representará a aceitação do destinatário⁸⁷. O mero aviso de receção remetido pelo prestador não tem significado para a determinação do momento do contrato, que já está concluído. Por sua vez, a confirmação pelo destinatário, em que reitera a ordem emitida, será condição de eficácia do contrato anteriormente celebrado⁸⁸.

Se a oferta de serviços em linha não contém todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário, então vale apenas como convite a contratar. Nesse caso, a ordem de encomenda por via exclusivamente eletrónica de que trata o art. 29.º, 1, constituirá uma proposta contratual. Como o mero aviso de receção da ordem de encomenda «não tem significado para

⁸⁷ A oferta de serviços em linha é muitas vezes realizada disponibilizando formulários. No preenchimento dos mesmos devem ser tidos em conta os deveres de informação do tomador do seguro ou do segurado (v. arts. 24.º e ss. da LCS). Sobre isto, PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato electrónico*, cit., p. 173.

⁸⁸ Neste caso, a reiteração da ordem emitida será condição (legal) suspensiva de eficácia: ALEXANDRE DIAS PEREIRA, «A via electrónica da negociação (alguns aspectos)», p. 282, PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato electrónico*, cit., p. 212. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, «A protecção do consumidor no quadro da Directiva sobre o Comércio Electrónico», cit., p. 356, também afirmava que se trataria de «condição suspensiva de perfeição do contrato, que porém retroage os seus efeitos ao momento da encomenda inicial, salvo se outra for a vontade das partes (art. 276.º do Código Civil)». Considerando que «o contrato só fica concluído com a receção pelo prestador no seu computador (art. 31.º, n.º 2) da confirmação da encomenda = aceitação da proposta, porquanto a encomenda apenas se torna definitiva (valendo como aceitação da proposta contratual em linha) com a confirmação do destinatário», CALVÃO DA SILVA, «Contratação eletrónica de seguros», cit., p. 89; por sua vez, PAULO MOTA PINTO, «O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial», *Estudos de direito do consumidor*, n.º 9, 2015, *Actas do colóquio O novo regime da contratação à distância*, p. 74, afirma que «o poder de decisão sobre a conclusão do contrato é deferido ao consumidor, mesmo depois do envio da encomenda, com a confirmação».

a determinação do momento da conclusão do contrato» (art. 32.º, 2), não é com esse mero aviso que o contrato fica concluído. Significa, por isso, que o prestador de serviços terá de enviar algo mais do que um «mero aviso de receção» para que a proposta contida na ordem de encomenda seja considerada aceite⁸⁹. O *aviso de receção que contém a identificação fundamental do contrato* a que se refere (art. 29.º, 3, da LCE) não é um «mero aviso de receção». No entanto, não parece que a simples identificação referida valha também como aceitação da proposta contratual⁹⁰.

Julgamos, porém, que não se pode deixar de lado o art. 27.º, 1, da LCS, segundo o qual o «contrato de seguro individual em que o tomador do seguro seja uma pessoa singular tem-se por concluído nos termos propostos em caso de silêncio do segurador durante 14 dias contados da receção de proposta do tomador do seguro feita em impresso do próprio segurador, devidamente preenchido, acompanhado dos documentos que o segurador tenha indicado como necessários e entregue ou

⁸⁹ Parece ser o que defende PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, «Celebração de contratos à distância e o novo regime do contrato de seguro», cit., p. 249. No ponto 5 do Preâmbulo do DL 7/2004 lê-se, a propósito, que «está em causa o significado do aviso de receção da encomenda, que pode tomar-se como aceitação ou não. Adota-se esta última posição, que é maioritária, pois o aviso de receção destina-se a assegurar a efetividade da comunicação eletrónica, apenas, e não a exprimir uma posição negocial». PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato eletrónico*, cit., p. 25, lembra que também «não é usual que o segurador que recebe a proposta em papel, por exemplo aos seus balcões de atendimento ao público, se pronuncie imediatamente sobre a avaliação que faz do risco e sobre se a aceita ou não».

⁹⁰ PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, «Celebração de contratos à distância e o novo regime do contrato de seguro», cit., p. 249, considera que o aviso de receção que contém a identificação fundamental do contrato a que se refere deve valer como aceitação; aparentemente com diferente leitura, PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato electrónico*, cit., p. 206.



recebido no local indicado pelo segurador»⁹¹.

Se a aceitação pelo prestador do serviço tem lugar antes da confirmação do destinatário exigida pelo art. 29.º, 5, esta confirmação constituirá, ainda assim, condição de eficácia do contrato. Se a aceitação pelo prestador do serviço tem lugar depois da confirmação do destinatário, o contrato fica concluído e não está dependente de nova confirmação para ser eficaz.

Para a determinação do momento da celebração do contrato é ainda importante o disposto no art. 31.º, 2, da LCE: a «ordem de encomenda, o aviso de receção e a confirmação da encomenda consideram-se recebidos logo que os destinatários têm a possibilidade de aceder a eles»⁹². Algo de semelhante ocorre com as declarações negociais em geral: de acordo com o art. 224.º, 1, do CCiv., a declaração negocial com destinatário torna-se eficaz não só quando é conhecida deste, mas também (e é o que importa agora) quando chega ao poder do destinatário.

Além disso, nas relações com o consumidor o segurador tem o ónus da prova de que o consumidor deu o consentimento em relação à celebração do contrato e, se for o caso, à sua execução, sendo proibidas as cláusulas com que se procure transferir para o consumidor o ónus da prova disso mesmo (art. 10.º, 2, do DL 95/2006).

O regime do art 29.º da LCE deve ser articulado com

⁹¹ Lembrando isso mesmo, PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, «Celebração de contratos à distância e o novo regime do contrato de seguro», cit., p. 258. No entanto, o regime referido não vale se o segurador demonstrar «que, em caso algum, celebra contratos com as características constantes da proposta».

⁹² Vendo o art. 31.º, 2, da LCE como concretização do art. 224.º do CCiv., PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, «Celebração de contratos à distância e o novo regime do contrato de seguro», cit., p. 242.

o que resulta do DL 95/2006 com particular cuidado. Sobretudo tendo em conta que o art. 11.º, 1, do DL 95/2006 impõe ao prestador o dever de comunicar «em papel ou noutro suporte duradouro» a informação pré-contratual ali em causa e os termos do contrato.

Os contratos celebrados por correio eletrónico ou meio de comunicação individual equivalente (art. 30.º LCE) não estão sujeitos ao regime dos arts. 27.º, 28.º e 29.º. Mas para a determinação do momento da celebração do contrato é ainda importante o disposto no já referido art. 31.º, 2, da LCE quanto ao momento em que se consideram recebidos a ordem de encomenda, o aviso de receção e a confirmação da encomenda: «logo que os destinatários têm a possibilidade de aceder a eles». Trata-se de um regime que parece também aplicável aos contratos celebrados exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente (art. 30.º da LCE). E mais uma vez há que lembrar o teor do art. 27.º, 1, da LCS

7. Contrato de seguro, forma e apólice

O contrato de seguro não está sujeito a qualquer exigência especial em matéria de forma (art. 32.º, 1 e 2, LCS). No entanto, o segurador está obrigado a formalizar o contrato numa apólice de seguro em instrumento escrito, que deverá entregar ao tomador (arts. 32.º, 2, e 34.º, 1, LCS). Uma vez entregue a apólice ao tomador, decorre do art. 35.º LCS que, não tendo havido invocação por aquele de qualquer desconformidade entre o acordado e o conteúdo da apólice, «só são invocáveis

divergências que resultem de documento escrito ou de outro suporte duradouro». Há, assim, uma clara prevalência dos interesses do segurador relativamente aos do tomador.

A apólice deve, em regra, ser entregue em suporte em papel. No entanto, é possível convencionar que o segurador deve entregar a apólice em suporte eletrónico duradouro (art. 34.º, 2, LCS)⁹³.

8. O prémio

Na contratação de seguro à distância, o pagamento do prémio carece de especial atenção. Desde logo porque, como decorre do art. 61.º, 1, da LCS, a falta de pagamento do prémio inicial, bem com da primeira fração deste, na data do vencimento, «determina a resolução automática do contrato a

⁹³ Lembramos novamente que o art. 11.º, 2, do DL 95/2006 considera suporte duradouro «aquele que permita armazenar a informação dirigida pessoalmente ao consumidor possibilitando no futuro, durante o período de tempo adequado aos fins a que a informação se destina um acesso fácil à mesma e a sua reprodução inalterada» (v. tb. Diretiva 2002/65/CE). Documento eletrónico é o que é «elaborado mediante processamento eletrónico de dados» (art. 2.º, a), do DL 290-D/99). Além disso, as «declarações emitidas por via eletrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação» (art. 26.º, 1, LCE). Por sua vez, o art. 26.º, 2, da LCE dispõe que o «documento eletrónico vale como documento assinado quando satisfizer os requisitos da legislação sobre assinatura eletrónica e certificação». O art. 3.º, 1, do DL 290-D/99, de 2 de agosto, estabelece que o «documento eletrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja suscetível de representação como declaração escrita». A aposição de assinatura eletrónica qualificada certificada por uma entidade certificadora credenciada permite que o documento eletrónico que possa valer como documento escrito tenha a força probatória de documento particular assinado, nos termos do art. 376.º do CCiv. (art. 3.º, 2, do DL 290-D/99).

partir da data da sua celebração». O art. 54.º, 1, da LCS permite que o pagamento do prémio de seguro seja efetuado «em numérico, por cheque bancário, transferência bancária ou vale postal, cartão de crédito ou de débito ou outro meio eletrónico de pagamento». Muitas destas alternativas ganham especial interesse na contratação à distância e, em particular, na contratação eletrónica.

9. O direito de livre resolução

9.1. O problema da identificação do regime aplicável: DL 95/2006 ou LCS?

O DL 95/2006 confere ao consumidor um direito de livre resolução⁹⁴ do contrato à distância «sem necessidade de indicação do motivo e sem que possa haver lugar a qualquer pedido de indemnização ou penalização do consumidor» (art. 19.º, 1). Essa resolução estende-se a certos contratos à distância anexos relativos a serviços financeiros (cfr. o art. 19.º, 2).

A informação pré-contratual fornecida ao consumidor relativamente ao contrato à distância deve conter as «instruções sobre o exercício do direito de livre resolução, designadamente quanto ao endereço, geográfico ou eletrónico, para onde deve ser enviada a notificação deste» (art. 15.º, 1, b)).

Porém, a LCS, posterior ao DL 95/2006, também consagra um direito de livre resolução no seu art. 118.º. E é inequívoco

⁹⁴ Parecendo preferir falar de um direito de retratação ou revogação, CALVÃO DA SILVA, «Contratação eletrónica de seguros», in AAVV, *Congresso Luso-Hispânico de direito dos seguros*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 70.



que esse artigo diz respeito, designadamente, à contratação de seguros à distância: basta ver as expressas menções feitas ao tema no n.º 1, al. c), no n.º 4 e no n.º 7⁹⁵.

O art. 118.º, 1, da LCS considera livre resolução a que dispensa a invocação de justa causa e o art. 19.º, 1, do DL 95/2006 afasta a necessidade de indicação de motivo, mas as expressões parecem querer dizer a mesma coisa: não teria sentido exigir uma causa... «(não justa)». No entanto, «motivo» e «justa causa» não são a mesma coisa .

O direito de livre resolução que vemos consagrado no art. 118.º da LCS é conferido a todas as pessoas singulares tomadoras de seguros, enquanto o DL 95/2006 tem em vista os serviços financeiros prestados a consumidores. Dir-se-ia que o DL 95/2006 constituiria lei especial tendo em conta que a especialidade resulta de ter particularmente em consideração os interesses dos consumidores. No entanto, o DL 95/2006 não diz exclusivamente respeito ao contrato de seguro. A LCS é... a Lei do Contrato de Seguro. A isso acresce que o art. 118.º, 1, da LCS faz expressa referência aos contratos de seguro celebrados à distância na sua al. c), dando a entender que nos casos previstos nas als. a) e b) o direito de livre resolução não vale apenas para os contratos de seguro celebrados à distância.

Quem entenda que o teor do art. 118.º LCS prevalece sobre o regime constante do DL 95/2006 quanto ao direito de livre resolução terá necessariamente que verificar em que medi-

⁹⁵ O direito de resolução previsto no art. 23.º da LCS já pressupõe o incumprimento de deveres de informação e esclarecimento ou a não conformidade das condições da apólice com as informações prestadas antes da celebração do contrato e é afastado «quando a falta do segurador não tenha razoavelmente afetado a decisão de contratar da contraparte ou haja sido acionada a cobertura por terceiro».

da isso respeitará o disposto na Diretiva 2002/65/CE quanto aos contratos de seguro à distância com consumidores. O Considerando 13 da Diretiva tem, aliás, o seguinte teor: «A presente diretiva deve assegurar um elevado nível de defesa do consumidor a fim de garantir a livre circulação dos serviços financeiros. Os Estados-Membros não poderão prever outras disposições para além das estabelecidas pela presente diretiva nos domínios por ela harmonizados, salvo disposição explícita em contrário da presente diretiva».

9.2. As exceções

O art. 22.º do DL 95/2006 contém várias exceções ao direito de livre resolução⁹⁶. De entre elas, interessa-nos sobretudo destacar as relativas aos seguros de viagem e de bagagem (al. b)) e aos seguros de curto prazo de duração inferior a um mês (al. c))⁹⁷. A mesma solução resulta do art. 118.º, 4, da LCS. Por

⁹⁶ Algumas delas não eram obrigatórias: v. o art. 6.º, 3, da Diretiva 2002/65/CE. O facto de o art. 6.º, 3, da Diretiva referida enumerar vários casos em que os Estados-Membros podem aumentar o elenco de exceções dificulta a vida ao segurador que pretenda desenvolver a sua atividade em mais de um Estado-Membro.

⁹⁷ Trata-se, como é sabido, de evitar que o direito de livre resolução seja exercido quando já não é necessária a cobertura: PETER ROTT, «BB-Gesetzgebungsreport: Die Umsetzung der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen im deutschen Recht», *BB*, 2005, p. 62. A exclusão dos seguros de curto prazo é discutível. Sobre a questão, ANJA GREENWOOD, *Der Verbraucherschutz beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen*, cit., p. 193, nt. 944. Quanto à exclusão constante da al. a) («Prestação de serviços financeiros que incidam sobre instrumentos cujo preço dependa de flutuações do mercado, insuscetíveis de controlo pelo prestador e que possam ocorrer no período de livre resolução»), coloca-se o problema de saber se será aplicável aos ICAEs, pois não está prevista no art. 118.º da LCS. Parecendo aceitar a aplicação do art. 118.º aos ICAE de que trata o art. 206.º da LCS, EDUARDA RIBEIRO,



seu lado, o art. 118.º, 3, LCS afasta a possibilidade de livre resolução quanto aos segurados nos seguros de grupo que sejam abrangidos pela al. a) do n.º 1.

O art. 6.º, 2, c), da Diretiva 2002/65/CE inclui nas exceções ao direito de livre resolução os «contratos integralmente cumpridos por ambas as partes a pedido expresso do consumidor antes de este exercer o direito de rescisão». O DL 95/2006 trata do tema no art. 23.º, considerando tratar-se de um caso de caducidade do direito. O Considerando 24 da Diretiva 2002/65/CE esclarece que, quando «o direito de rescisão não for aplicável porque o consumidor pede expressamente o cumprimento do contrato, o prestador deve informar o consumidor desse facto». E esta parece ser também a boa leitura perante o art. 15.º, 1, a), do DL 95/2006⁹⁸.

9.3. O prazo para o exercício do direito de livre resolução

O exercício do direito de livre resolução está sujeito a um prazo. E é precisamente a esse propósito que se identificam maiores dificuldades na articulação entre o DL 95/2006 e a LCS.

É certo que o art. 3.º da LCS dispõe que o disposto neste

«Artigo 206.º», cit., p. 597. A razão de ser da exclusão referida é fácil de apresentar: trata-se de evitar que o consumidor possa especular através do direito de resolução (se a sua situação melhorava, não resolvia; se a sua situação piorava, resolvia...; cfr., em termos próximos, FRANK KOMKE, «Das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen», *BB*, 2007, p. 341).

⁹⁸ Pode, porém, discutir-se se o incumprimento desse dever impede a extinção do direito de livre resolução: v., sobre o tema, ANJA GREENWOOD, *Der Verbraucherschutz beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen*, cit., p. 196 (sublinhando que no Considerando 24 da Diretiva em língua alemã se usa o verbo *sollen*).

regime «não prejudica a aplicação ao contrato de seguro do disposto na legislação [...] sobre contratos celebrados à distância, nos termos do disposto nos referidos diplomas». Isso levaria a pensar que o art. 118.º da LCS não seria aplicável onde se devesse convocar o DL 95/2006. Além disso, o art. 24.º, 4.º, do DL 95/2006 apenas ressalva a aplicação do regime previsto para os contratos de seguros quanto ao direito de renúncia no que diz respeito ao disposto nos números anteriores do próprio art. 24.º e ao art. 25.º.

No entanto, o art. 118.º da LCS também faz expressas referências aos contratos de seguro celebrados à distância no n.º 1, c) («Nos contratos de seguro celebrados à distância, não previstos nas alíneas anteriores [...]»), no n.º 4 («A livre resolução de contrato de seguro celebrado à distância [...]») e no n.º 7 («em caso de livre resolução de contrato de seguro celebrado à distância»). E certamente que não se estará ali a referir apenas o contrato de seguro celebrado à distância com quem não é consumidor.

Na nossa opinião, o art. 118.º da LCS prevalece, como lei especial, sobre o regime constante do DL 95/2006 no que diz respeito à matéria ali tratada⁹⁹. Mas porque admitimos que a questão possa suscitar dúvidas, apresentamos de seguida ambos os

⁹⁹ O Considerando 14 da Diretiva 2002/65/CE parece dar apoio a essa leitura: «A presente directiva abrange todos os serviços financeiros que podem ser prestados à distância. Determinados serviços financeiros são, no entanto, regulados por disposições específicas da legislação comunitária que continuam a ser-lhes aplicáveis. Contudo, devem ser consagrados princípios relativos à comercialização desses serviços à distância». Parecendo defender que o art. 20.º do DL 95/2006 prevalece sobre o art. 118.º da LCS, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito dos seguros*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 649.



regimes, procurando efetuar uma comparação entre eles¹⁰⁰.

No art. 20.º, 1, do DL 95/2006 o prazo para o exercício do direito de livre resolução é, em regra, de 14 dias. No entanto, para contratos de *seguro de vida*¹⁰¹ e relativos à adesão *individual a fundos de pensões abertos* está previsto um prazo de 30 dias.

Na LCS, o prazo é, em regra, de 14 dias para os contratos de seguro celebrados à distância (art. 118.º, 1, c)). Porém, o prazo será de 30 dias nos contratos de *seguro de vida*, de *acidentes pessoais* e de *saúde* com uma *duração igual ou superior a seis meses*.

Vemos, assim, que no DL 95/2006 o prazo de 30 dias previsto para os seguros de vida *não está dependente do prazo de duração do contrato de seguro*. Contudo, na LCS o prazo de 30 dias previsto no art. 118.º, 1, a), abrange não apenas o *seguro de vida*, mas também o de *acidentes pessoais* e de *saúde*, desde que tenham duração igual ou superior a seis meses¹⁰².

¹⁰⁰ No entanto, a cautela mandará respeitar o prazo mais curto de acordo com as circunstâncias do caso sempre que se considere que chegamos a resultados diferentes consoante se recorra a um ou outro dos regimes.

¹⁰¹ V. tb. o art. 186.º, 1, da Diretiva Solvência II, que permite aos Estados Membros fixarem um prazo de 14 a 30 dias para a resolução de contratos individuais de seguro de vida pelos tomadores. Nos casos do n.º 2 daquele art. 186.º o Estado-Membro pode optar por não aplicar o regime do n.º 1. Trata-se dos contratos de duração igual ou inferior a seis meses ou sempre que, «pelo estatuto do tomador do seguro ou pelas circunstâncias em que foi celebrado o contrato, o tomador não tenha necessidade de proteção especial».

¹⁰² O que, no caso do seguro de vida, coloca o problema da conformidade com a Diretiva 2002/65/CE caso se entenda que o art. 118.º da LCS é aplicável ao contrato de seguro à distância celebrado com consumidores abrangido por aquela Diretiva. A compatibilidade com o art. 186.º, 1, da Diretiva Solvência II também parece estar em causa, pois o n.º 2 apenas permite afastar o regime do n.º 1 nos casos ali previstos (e neles não cabe o contrato de seguro de vida de duração igual ou superior a seis meses).

A LCS prevê ainda um prazo de 30 dias para a livre resolução do contrato de seguro no caso dos seguros *qualificados com instrumentos de captação de aforro estruturados*.

Quanto ao momento a partir do qual se contam os prazos, a redação das normas contidas nos dois diplomas nacionais também não coincide totalmente.

Segundo o DL 95/2006, no caso de contrato à distância relativo a seguro de vida o prazo conta-se a partir da data em que o tomador for *informado da respetiva celebração* (art. 20.º, 3; cfr. tb. o art. 6.º, 1, da Diretiva 2002/65/CE¹⁰³).

No art. 118.º, 1, a), da LCS está previsto que, em regra, quanto ao contrato de *seguro de vida, de acidentes pessoais e de saúde de duração igual ou superior a seis meses* o prazo se conta a partir da data da *receção da apólice*. Relativamente a esses mesmos contratos, o art. 118.º, 2, da LCS também estabelece que, *se na data da celebração do contrato de seguro o tomador já dispunha, em suporte de papel ou noutro suporte duradouro, de todas as informações relevantes sobre o seguro que tenham de constar da apólice, será daquela data que se conta o prazo*.

Quanto aos contratos de seguro à distância que *não sejam relativos a seguros de vida*, o art. 20.º, 2, do DL 95/2006 dispõe que o prazo para o exercício do direito de livre resolução conta-se «a partir da data da celebração do contrato à distância, ou da data da receção, pelo consumidor, dos termos do mesmo e das informações, de acordo com o n.º 3 do artigo 11.º,

¹⁰³ O art. 186.º, 1, da Diretiva Solvência II também manda contar o prazo da data em que tenha sido confirmada ao tomador a celebração do contrato. V., porém, no n.º 2 os casos em que os Estados-Membros podem afastar o regime do n.º 1 referido.



se esta for posterior)¹⁰⁴. A remissão para o art. 11.º, 3, levanta novamente o problema de saber se apenas vale quando a *iniciativa da celebração* do contrato à distância foi do consumidor e o meio de comunicação à distância que escolheu não permite ao segurador transmitir a informação e os termos do contrato de acordo com o disposto no art. 11.º, 1.

A questão que então se coloca é precisamente a de saber se, no caso de a informação a transmitir e os termos do contrato só chegarem ao consumidor depois da celebração do contrato, a contagem do prazo para o exercício do direito de livre resolução deverá ou não começar a partir do momento em que essa receção ocorre também nos restantes casos e não apenas quando se verifique a hipótese do art. 11.º, 3.

Paula Ribeiro Alves¹⁰⁵ notava que, se «a iniciativa do contrato partiu do prestador de serviços e o meio de comunicação à distância permitia transmitir a informação obrigatória e esta não foi, mesmo assim, transmitida, não é razoável que essa violação do dever de informação seja premiada. Seria esse o resultado, visto que o prazo para o exercício do direito de livre resolução do contrato contaria a partir do momento da sua celebração e não a partir do momento em que a informação e termos do contrato fossem fornecidos ao consumidor». Parece ser assim, de facto. Tanto mais que é o que decorre do art. 6.º, 1, da Diretiva 2002/65/CE, como explica Moitinho de Almeida¹⁰⁶.

¹⁰⁴ No art. 6.º, 1, da Diretiva 2002/65/CE a contagem do prazo a partir da data da receção, pelo consumidor, dos termos do contrato e informações em causa, quando posterior, parece abranger também os seguros de vida.

¹⁰⁵ PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O seguro electrónico*, cit., p. 72.

¹⁰⁶ MOITINHO DE ALMEIDA, «A celebração à distância do contrato de seguro»,

Julgamos que se deve ir mais longe. É que nos n.ºs 2 e 3 do art. 20.º do DL 95/2006 não parece ter sido bem feita a transposição do art. 6.º, 1, da Diretiva 2002/65/CE. Com efeito, a contagem do prazo a partir da data da receção dos termos do contrato e das informações que devem ser comunicadas ao consumidor só está prevista no art. 20.º, 2, do DL 95/2006 para os casos do art. 11.º, 3, do mesmo diploma.

Mas no art. 6.º, 1, da Diretiva a contagem do prazo faz-se da *data da receção dos termos do contrato e das informações*, se esta for posterior, quanto aos casos previstos no seu art. 5.º, 1 ou 2. Pois bem. O que vemos previsto no art. 5.º, 1, da Diretiva é o dever de comunicação ao consumidor de «*todos os termos do contrato e as informações referidas no n.º 1 do artigo 3.º e no artigo 4.º [...]*». Ou seja, a contagem do prazo a partir da data da receção dos termos do contrato e das informações *não vale* só para os contratos à distância celebrados «*a pedido do consumidor, utilizando um meio de comunicação à distância que não permita transmitir os termos do contrato e as informações nos termos do n.º 1*»: isto é, *não vale só para os casos que são abrangidos pelo art. 11.º, 3, do DL 95/2006*.

A solução que vemos resultar das als. b) e c) do art. 118.º, 1, da LCS é também diferente da que consta do DL 95/2006. Para os seguros qualificados como *instrumentos de captação de aforro estruturados* e para os contratos de *seguro à distância não previstos nas als. a) e b)* (v.g., *contratos de seguro de vida, acidentes pessoais e de saúde com duração inferior a seis meses*) o prazo para o exercício do direito de livre resolução

cit., p. 21.



conta-se da data da *recepção da apólice*¹⁰⁷. No entanto, em todos esses casos o prazo conta-se da data da celebração do contrato se o tomador, nessa data, já dispunha, em suporte de papel ou noutro suporte duradouro, de todas as informações relevantes sobre o seguro que têm de constar da apólice (art. 118.º, 2, da LCS).

A verdade, porém, é que também o art. 118.º da LCS parece violar a Diretiva 2002/65/CE no que diz respeito ao contrato de seguro à distância celebrado com consumidor. O art. 118.º da LCS apresenta duas alternativas: ou o prazo se conta da data da recepção da apólice (n.º 1, als. a), b) e c)); ou o prazo se conta «a partir da data da celebração do contrato, desde que o tomador do seguro, nessa data, disponha, em papel ou noutro suporte duradouro, de todas as informações relevantes sobre o seguro que tenham de constar da apólice» (n.º 2).

Sucede, porém, que não são essas as alternativas previstas no art. 6.º, 1, da Diretiva 2002/65/CE. Como vimos, deste resultam as alternativas seguintes: em regra, o prazo começa a correr da data da celebração do contrato, e no caso do seguro de vida começa a correr a partir do momento em que o consumidor é informado da celebração do contrato; *se, porém, o consumidor receber, em momento posterior a qualquer dos que acabámos de referir, os termos do contrato e as informações em causa no art. 5.º, 1 e 2, da Diretiva, então o prazo começará a correr da data dessa recepção.*

¹⁰⁷ Mas v., considerando que os termos do contrato referidos no art. 11.º, 1, do DL 95/2006 são as condições contratuais, entendendo por estas as «condições gerais, especiais, se as houver, e particulares, que constituem a apólice de seguro», PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato electrónico*, cit., p. 64, em texto e nt. 164.

Os termos do contrato e as informações cuja receção é relevante são os mencionados no art. 5.º, 1: «todos os termos do contrato e as informações referidas no n.º 1 do artigo 3.º e no artigo 4.º»). Todos os termos do contrato e as informações referidas nos arts. 3.º, 1, e 4.º da Diretiva 2002/65/CE e não apenas «as informações relevantes sobre o seguro que tenham de constar da apólice» (art. 118.º, 2, da LCS) ou apenas a apólice (art. 118.º, 1). Segundo a Diretiva, enquanto esses termos do contrato e essas informações não forem comunicados ao consumidor, o prazo para o exercício do direito de livre «rescisão» não começa a correr¹⁰⁸. A remissão que o art. 6.º, 1, da Diretiva faz para os termos dos n.ºs 1 ou 2 do artigo 5.º obriga também a ter em conta a necessidade de uma comunicação pelo prestador do serviço ao consumidor, enquanto o art. 118.º, 2, da LCS parece considerar suficiente que o tomador do seguro «disponha» de certas informações, dando a entender que os deveres do segurador são «aligeirados»...

Basta ler os arts. 3.º, 1, e 4.º da Diretiva 2002/65/CE para vermos que, no que diz respeito à contratação de seguros à

¹⁰⁸ Não parece sequer possível falar de um prazo máximo (deixando de lado o problema da prescrição). O TJ, no Acórdão de 13.12.2001 proferido no caso *Heininger*, Proc. C-481/99, embora se pronunciasse sobre um outro regime, pode servir de fundamento para defender aquela solução. ANJA GREENWOOD, *Der Verbraucherschutz beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen*, cit., p. 208, defende-a ainda quando o consumidor foi informado corretamente quanto ao direito de «rescisão»; defendendo também que do art. 6.º, 1, da Diretiva 2001/65/CE decorre que a violação do dever de informação suspende o prazo de exercício do direito de livre resolução até ao cumprimento daquele dever, FRANK KOMKE, «Nachholung gesetzlicher Informationspflichten bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen: kein unbefristetes Widerrufsrecht des Verbrauchers», BB, 2005, p. 229 (embora o autor também considere que o posterior fornecimento da informação faz começar a correr o prazo). Com solução diferente, v. o art. 10.º, 2, do 24/2014 quanto aos casos de não cumprimento do dever de informação pré-contratual ali previstos.



distância com consumidores, a LCS fica muito aquém da Diretiva. Com efeito, o art. 118.º, 2, da LCS nem sequer faz menção a todos os elementos sobre o seguro que tenham de constar da apólice: considera suficientes as informações «relevantes». Vemos, assim, que o regime constante do art. 118.º da LCS é claramente mais favorável ao segurador do que as soluções apresentadas no art. 6.º, 1, da Diretiva 2002/65/CE quanto aos contratos à distância celebrados com consumidores¹⁰⁹. A menos, naturalmente, que se faça uma interpretação do art. 118.º da LCS «conforme com a Diretiva»...

Não podemos terminar este ponto sem alertar para a importância de que se reveste a prova do momento em que começa a correr o prazo para o exercício do direito de livre resolução. Isso pode ser particularmente difícil quando são utilizadas as novas tecnologias de comunicação à distância, mas não é impossível¹¹⁰.

9.4. Meios a utilizar no exercício do direito de livre resolução

Segundo o art. 21.º, 1, do DL 95/2006, a livre resolução deve ser efetuada dentro do prazo através de notificação «por

¹⁰⁹ ANJA GREENWOOD, *Der Verbraucherschutz beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen*, cit., p. 205, afirmava precisamente que o consumidor tem um direito de resolução sem limites temporais enquanto não receber do prestador as informações que lhe são devidas («dem Verbraucher ein zeitlich unbegrenztes Widerrufsrecht zusteht, wenn er vom Anbieter nicht ordnungsgemäß informiert wurde»).

¹¹⁰ Extinto o prazo para o exercício do direito de resolução, pode ainda colocar-se o problema da eventual responsabilidade civil do prestador do serviço: sobre isto, KLAUS FELKE/ROMAN JORDANS, «Umsetzung der Fernabsatz-Richtlinie für Finanzdienstleistungen», *NJW*, 2005, p. 711.

meio suscetível de prova e de acordo com as instruções prestadas nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 15.º».

Se a notificação é feita «em suporte de papel ou outro meio duradouro disponível e acessível ao destinatário», pode ser enviada «até ao último dia do prazo, inclusive»: mesmo que seja recebida depois, considera-se tempestivamente efetuada (art. 21.º, 2)¹¹¹. Porém, o DL 95/2006 parece admitir que a notificação não seja feita em papel ou em outro meio duradouro disponível ou acessível ao destinatário: bastará que seja feita por meio suscetível de prova e de acordo com as instruções referidas acima¹¹².

Por sua vez, o art. 118.º da LCS determina que a resolução do contrato deve ser «comunicada ao segurador por escrito, em suporte de papel ou outro meio duradouro disponível e acessível ao segurador», não deixando lugar a outras alternativas. Caso se entenda que este regime também vale para os contratos de seguro à distância abrangidos pelo DL 95/2006, põe-se o problema da conformidade da solução com a Diretiva 2002/65/CE, que também prevê, no art. 6.º, 6, a notificação realizada pelo consumidor «por meios de que possa fazer prova nos termos da legislação nacional».

¹¹¹ Mas isso não significa, parece, que se considere efetuada... no dia em que é enviada. O art. 6.º, 6, parte final, da Diretiva 2002/65/CE também não é claro quanto ao problema.

¹¹² Fica, no entanto, por esclarecer se as instruções prestadas podem dizer respeito ao meio a utilizar. Quanto ao que seja suporte duradouro, será de recorrer ao art. 11.º, 2, do DL 95/2006. É certo que estamos a falar de uma norma que surge no Título II e não nas definições (art. 2.º). O direito de livre resolução, por sua vez, é tratado no Título III. Porém, na Diretiva 2002/65/CE o art. 2.º, em que surgem as definições, inclui na sua al. f) a de suporte duradouro.



9.5. **Efeitos do exercício do direito de livre resolução**

O DL 95/2006 ocupa-se dos efeitos do exercício do direito de livre resolução nos arts. 24.º e 25.º. Resulta do art. 24.º, 1, do DL 95/2006 que a livre resolução do contrato de seguro extingue as obrigações e direitos decorrentes do contrato e com efeitos a partir da sua celebração. Sucede, porém, que o art. 24.º, 4, também dispõe que o estabelecido nos arts. 24.º e 25.º do DL 95/2006 «não prejudica o regime do direito de renúncia previsto para os contratos de seguros e de adesão individual a fundos de pensões abertos»¹¹³. No que surge designado por «direito de renúncia» poderá discutir-se se está ou não abrangido o direito de livre resolução. De qualquer modo, o art. 118.º da LCS contém regras quanto aos efeitos do exercício do direito de livre resolução, fazendo a esse propósito expressa referência ao contrato de seguro celebrado à distância.

Com efeito, o n.º 6 do art. 118.º da LCS estabelece o efeito retroativo da livre resolução (o que não resulta da Diretiva 2002/65/CE) e indica as prestações a que, em geral, o segurador poderá ter direito, mas o n.º 7 acrescenta que no seguro à distância o segurador não tem, em regra, direito às prestações do n.º 6. Só não será assim no caso de início de cobertura do seguro antes do termo do prazo de livre resolução, como veremos no ponto seguinte.

O art. 24.º, 4, do DL 95/2006 apenas dispõe que o teor dos arts. 24.º e 25.º não prejudica o regime do direito de renúncia previsto para os contratos de seguros. Assim, ainda haverá margem para aplicar o disposto nos arts. 24.º e 25.º do DL

¹¹³ V., p. ex., o revogado art. 22.º do DL 176/95, de 26 de julho.

95/2006 onde tal não for afastado pelo regime do direito de renúncia previsto para os contratos de seguros.

Os n.ºs 2 e 3 do art. 24.º do DL 95/2006 estabelecem prazos para o cumprimento dos deveres de restituição resultantes da resolução. Sobre esses prazos o art. 118.º da LCS nada dispõe, não sendo aqueles afastados pelo preceito em causa.

9.6. A execução do contrato no prazo de livre resolução e os direitos do segurador

Na pendência do prazo de resolução, o art. 25.º do DL 95/2006 estabelece, no seu n.º 1, que o consumidor «não está obrigado ao pagamento correspondente ao serviço efetivamente prestado antes do termo do prazo de livre resolução».

No entanto, se o consumidor pediu que a execução do contrato se iniciasse antes do termo do prazo de livre resolução¹¹⁴, terá que pagar ao prestador «no mais curto prazo possível, o valor dos serviços efetivamente prestados em montante não superior ao valor proporcional dos mesmos no quadro das operações contratadas»¹¹⁵. Mesmo assim, esse valor só pode ser exigido se o prestador provar que «informou o consumidor do

¹¹⁴ O art. 6.º, 1, da Diretiva 2002/65/CE permite que os Estados-Membros prevejam «que a aplicabilidade dos contratos à distância relativos a serviços de investimento seja suspensa por prazo idêntico» ao previsto para o exercício do direito de rescisão.

¹¹⁵ A leitura do art. 7.º, 1 e 3, da Diretiva 2002/65/CE nas várias línguas mostra que nem sempre foi usada a mesma terminologia. Na versão em português, o n.º 1 usa as palavras «consentimento do consumidor», mas no n.º 3 já vemos surgir antes «pedido prévio do consumidor» (para além do erro de tradução ao ser usada a palavra «sem») em vez de «com»). Na versão em alemão, surge em ambos os números a palavra «Zustimmung».



montante a pagar, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 15.º)» (art. 25.º, 3, do DL 95/2006).

O valor devido diz respeito aos serviços efetivamente prestados. Quanto a estes, o valor a pagar não pode ser superior ao valor proporcional dos mesmos no quadro das operações contratadas. A proporção não se estabelece necessariamente na relação com o valor total dessas operações contratadas. Além disso, o montante a pagar não pode «ser interpretado como uma penalização» (art. 7.º, 1, da Diretiva 2002/65/CE).

E o que vemos dito no art. 118.º da LCS sobre a matéria? O n.º 6 começa por estabelecer que a resolução tem efeito retroativo. Daí decorre que o segurador não terá, em regra, direito a qualquer prestação no que diz respeito ao contrato de seguro celebrado à distância. Só não será assim se, a pedido do tomador do seguro, o início da cobertura teve lugar antes do termo do prazo de livre resolução¹¹⁶. Quando seja esse o caso, o segurador terá direito às prestações indicadas no art. 118.º, 6: em primeiro lugar, o valor do prémio calculado *pro rata temporis*, na medida em que tenha suportado o risco até à resolução do contrato; em segundo lugar, o montante das despesas razoáveis que tenha efetuado com exames médicos sempre que esse valor seja imputado contratualmente ao tomador do seguro; por fim, os custos de desinvestimento que comprovadamente tenha suportado.

Tendo em conta o disposto no art. 7.º, 1, da Diretiva 2002/65/CE, parece muito duvidoso que a solução contida no art. 118.º, 6, da LCS respeite integralmente aquele regime no

¹¹⁶ PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato electrónico*, cit., p. 198, considera que o tomador de seguro que celebra o contrato e realiza o pagamento está a solicitar que pretende o início imediato da cobertura.

que diz respeito aos contratos de seguros celebrados à distância com consumidores. Com efeito, a Diretiva parece exigir que os valores a pagar pelo consumidor tenham uma relação com os serviços já prestados¹¹⁷. Além disso, o art. 7.º, 3, da Diretiva também só permite que o prestador do serviço possa exigir algum pagamento se «puder provar que o consumidor foi devidamente informado do montante a pagar, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, ponto 3, alínea a)».

Se o contrato foi integralmente cumprido antes de esgotado o prazo para o exercício do direito de resolução e isso sucedeu por o consumidor o ter expressamente pedido, o art. 23.º do DL 95/2006 estabelece que o direito de livre resolução caduca. O art. 118.º da LCS não regula expressamente essa matéria.

Aqui chegados, justifica-se observar que o art. 7.º da Diretiva 2002/65/CE permite distinguir entre o *consentimento* para a execução do contrato antes do termo do prazo de livre resolução ou «rescisão» (n.º 1) e o *pedido prévio* do consumidor para que seja dado início à referida execução (n.º 3). Só neste último caso é que o prestador do serviço pode exigir ao consumidor os pagamentos previstos no n.º 1. Consentimento e pedido prévio não são a mesma coisa.

¹¹⁷ ANJA GREENWOOD, *Der Verbraucherschutz beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen*, cit., p. 215, afirmava precisamente que é decisivo que as quantias exigidas pelo prestador correspondam a uma prestação de igual valor («Entscheidend wird immer sein, ob dem vom Anbieter geforderten Beträgen eine gleichwertige Leistung gegenüber steht»).

NOVOS DIREITOS DO CONSUMIDOR NO MERCADO ÚNICO DIGITAL

Alexandre L. Dias Pereira¹

Resumo: Em ordem a promover o crescimento do comércio eletrónico por via do reforço da confiança do consumidor a Comissão apresentou um pacote de medidas sobre fornecimento de conteúdos digitais, compra e venda em linha e portabilidade transfronteiras de serviços on-line, que completam o acervo do direito da União neste domínio. Este trabalho apresenta, em traços gerais, os projetados novos direitos dos consumidores no mercado único digital, e aponta ainda a importância do regulamento sobre internet aberta ao nível do funcionamento da infraestrutura tecnológica.

Abstract: In order to promote the growth of electronic commerce by means of strengthening consumer confidence, the Commission presented a policy package on supply of digital con-

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Este trabalho integra-se nas atividades do Grupo de Investigação "Contrato e Desenvolvimento Social" do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do Projeto "Desafios Sociais, Incerteza e Direito" (UID/DIR/04643/2013), financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT).

tent, online sales and cross-border portability of online services, which supplement the harmonization and unification of EU law in this area. This paper presents, in broad terms, the projected new consumer rights in the digital single market, and also points out the importance of the regulation on open Internet to the functioning of the technological infrastructure.

Palavras-chave: comércio eletrônico - mercado digital – proteção do consumidor – conteúdos digitais – compra e venda em linha – portabilidade transfronteiras – internet aberta - neutralidade tecnológica.

Keywords: electronic commerce – digital market – consumer protection – digital content – online sales – cross-border portability – open internet – technological neutrality.

Introdução

No dia 9 de dezembro de 2015, a Comissão Europeia apresentou em Bruxelas duas propostas de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, uma sobre certos aspetos dos contratos de fornecimento de conteúdo digital² e outra sobre contratos de compra e venda de bens em linha ou outros meios à distância.³

Estas propostas, ainda em discussão, foram apresentadas na sequência da Comunicação da Comissão *A Digital*

² COM(2015) 634 final.

³ COM(2015) 635 final.



*Single Market Strategy for Europe*⁴, que as anuncia⁵. A elas se junta uma proposta de Regulamento sobre a portabilidade transfronteiriça de serviços de conteúdos digitais em linha.⁶ Ao nível da infraestrutura da rede de funcionamento do mercado único digital merece referência a aprovação do Regulamento sobre Internet Aberta⁷.

Passemos em revista, sumariamente, em que consistem estes novos direitos do consumidor no mercado único digital.

1. Contratos de fornecimento de conteúdo digital e contratos de compra e venda em linha

As propostas de diretivas sobre contratos de fornecimento de conteúdo digital e contratos de compra e venda em linha destinam-se a completar a proteção do consumidor na compra e venda em linha ou por outros meios à distância, dirigindo-se uma delas especificamente aos contratos de fornecimento de conteúdo digital, que corresponde ao chamado comércio eletrónico direto. A serem aprovadas, as diretivas agora propostas serão um importante reforço da har-

⁴ COM(2015) 192 final.

⁵ http://ec.europa.eu/justice/contract/digital-contract-rules/index_en.htm

⁶ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on ensuring the cross-border portability of online content services in the internal market, COM(2015) 627 final 2015/0284 (COD), Brussels, 9.12.2015.

⁷ Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2015, que estabelece medidas respeitantes ao acesso à Internet aberta.

monização do direito do consumidor no comércio eletrónico e na contratação a distância em geral, acrescentando a outros instrumentos em vigor, nomeadamente a Diretiva 2000/31 e a Diretiva 2011/83.

Como se pode ler no memorando justificativo, as propostas dão sequência à experiência adquirida na negociação do projeto de Regulamento sobre o Direito Comum da Compra e Venda (*Draft Regulation on a Common European Sales Law*).⁸ Todavia, ao invés de um regime completo, as diretivas regulam apenas certos aspetos considerados essenciais para o bom funcionamento do mercado interno na ótica da proteção do consumidor. Em especial, a diferença de regimes de direitos do consumidor (*remedies*) é tida como um obstáculo à plena realização ao mercado interno. Sendo que as propostas avançadas pretendem contribuir para a criação de um ambiente jurídico amigável das pequenas e médias empresas.

1.1. Fornecimento de conteúdos digitais

A proposta de diretiva sobre contratos de fornecimento de conteúdos digitais visa colmatar uma assinalada lacuna de proteção do consumidor no mercado digital. Em especial, a Diretiva 2011/83 sobre direitos dos consumidores⁹, transposta

⁸ COM(2011) 635 final.

⁹ Diretiva n.º 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva n.º 93/13/CEE do Conselho, e a Diretiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva n.º 85/577/CEE, do Conselho e a Diretiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho.



internamente pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro¹⁰, harmonizou completamente o regime da informação pré-contratual e do direito de resolução, mas não regulou os direitos do consumidor (*remedies*), nomeadamente o direito de modificação e de cessação de contratos duradouros, que seriam abrangidos, a nível da EU, apenas pela diretiva das cláusulas abusivas. Além disso, os conteúdos digitais, enquanto tais, não são abrangidos pela noção de bem de consumo da diretiva sobre as garantias do consumidor na compra e venda¹¹.

Assim, a proposta de diretiva sobre fornecimento de conteúdos digitais regula a conformidade do conteúdo digital com o contrato, estabelecendo os direitos do credor em caso de falta de conformidade com o contrato, bem como certos aspetos relativos ao direito de cessação de contratos de longa duração e de modificação do conteúdo digital. Neste sentido, a proposta consagra o direito de resolução em caso de não fornecimento, o direito de reparação e de redução do preço em caso de fornecimento defeituoso (não conformidade com o contrato)¹². Consagra ainda o direito de denunciar contratos

¹⁰ Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, alterado pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho. Sobre este diploma, ver as *Actas do Colóquio o Novo Regime da Contratação a Distância*, sob coordenação de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, publicadas nos *Estudos de Direito do Consumidor*, 9 (2015), disponíveis em http://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_9_completo.pdf

¹¹ 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. Vide PAULO MOTA PINTO, "Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português", in *Estudos de Direito do Consumidor*, 2 (2000), pp. 199-331.

¹² Identificando uma lacuna de proteção do consumidor no fornecimento de conteúdos digitais pela Internet, vide ALEXANDRE DIAS PEREIRA, "Comércio eletrónico de conteúdos digitais: proteção do consumidor a duas velocidades?", in *Estudos de Direito do Consumidor*, 9 (2015), pp. 177-207.

duradouros, cujo período de fidelização poderá ser de até 12 meses (artigo 16º/1). Além disso, prevê regras sobre a portabilidade transfronteiras de conteúdos, de modo a que o consumidor possa desfrutar em qualquer Estado-Membro de conteúdos digitais adquiridos noutra Estado-Membro. Este aspeto é objeto de uma proposta autónoma, que será abordada mais adiante (*infra* 2.).

A harmonização é feita em termos de harmonização completa dos direitos do consumidor nos contratos de fornecimento de conteúdos digitais. Pelo que os Estados-Membros ficam privados de estabelecer um nível de proteção diferente. De todo o modo, o seu âmbito de aplicação não abrange setores como a saúde, as apostas em linha ou os serviços financeiros. Ressalva outras diretivas aplicáveis, nomeadamente as relativas a dados pessoais e à privacidade das comunicações eletrónicas.¹³

1.2. Compra e venda em linha

A proposta de diretiva dos direitos do consumidor nos contratos de compra e venda a distância estabelece regras sobre a conformidade dos bens, os direitos do credor no caso de não conformidade e as modalidades de exercício desses direitos (os chamados *remedies*). Não se aplica aos contratos de prestação de serviços, exceto os contratos mistos. Prevê uma

¹³ Entretanto foi aprovado o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/ 46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), OJ L:2016:119.

noção ampla de compra e venda, abrangendo a promessa de venda e a empreitada. Por seu turno, a noção de bem é restrita aos móveis corpóreos (*any tangible movable*).

Na linha do acervo comunitário do direito do consumidor, a proposta consagra o conceito de falta de conformidade com o contrato, mas abrangendo igualmente a incorreta instalação do bem. O consumidor terá por isso direito à correta instalação dos bens adquiridos à distância. Todavia, a obrigação de instalação do bem não resulta necessariamente da compra e venda a distância, devendo ser objeto de acordo das partes.

Em caso de falta de conformidade com o contrato o consumidor tem o direito a que os bens sejam postos em conformidade pelo vendedor, sem custos, por via de reparação ou de substituição (artigo 9º/1). Cabe ao consumidor escolher entre a reparação ou a substituição nos termos do artigo 11º. Em alternativa, o consumidor tem o direito a redução do preço ou a resolver o contrato se a reparação ou substituição for impossível ou ilegal, se o vendedor não tiver feito a reparação ou a substituição dentro de um período de tempo razoável, se a reparação ou substituição causar inconvenientes significativos ao consumidor, ou se o vendedor tiver declarado, ou resultar das circunstâncias, que o vendedor não colocará os bens em conformidade com o contrato dentro de um período de tempo razoável (artigo 9º/3).

Entre outros aspetos a destacar, refira-se ainda que, sob epígrafe *commercial guarantees*, a proposta consagra a integração da informação pré-contratual e da publicidade no contrato (artigo 15º), e além disso prevê uma cláusula dos

direitos de terceiros (*third party rights*), no sentido de que os bens comercializados devem estar livres de direitos de terceiros, incluindo direitos de propriedade intelectual. Deste modo, o vendedor tem o dever de garantir ao consumidor a autenticidade dos produtos, no sentido de não fornecer exemplares contrafeitos (por ex., vestiário desportivo ostentando marcas comerciais sem autorização dos respetivos titulares de direitos).

1.3. Apreciação

Numa apreciação geral, saudamos a iniciativa da Comissão, já que permitirá reforçar a proteção do consumidor no mercado digital, contribuindo nessa medida para a criação de um ambiente jurídico favorável à confiança nas compras em linha e no fornecimento de conteúdos digitais.¹⁴ Além disso, o consumidor de conteúdos digitais passa a dispor igualmente do direito de resolução, no prazo de 14 dias, embora não seja livre, mas antes condicionado à falta de conformidade dos conteúdos com o contrato. De todo o modo, é interessante registar que nos termos da proposta os contratos de utilização de serviços informáticos à distância, como contas de correio eletrónico, redes sociais, etc., deixam de ser contratos gratuitos já que a autorização para utilização de dados pessoais é equiparada ao dinheiro para efeitos do regime contratual. Nessa medida, os

¹⁴ A criação de um ambiente jurídico à confiança do consumidor no comércio eletrónico é um objetivo de política legislativa que percorre todo o acervo normativo da União desde as suas primeiras intervenções ao nível da definição de um quadro jurídico para a sociedade da informação – vide ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Comércio eletrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999.



dados pessoais passam a ser uma *res intra commercium*¹⁵.

Por outro lado, em alguns aspetos é necessário articular o regime estabelecido nas propostas com o acervo comunitário já existente e ainda com as tradições dos Estados-Membros. Por exemplo, pese embora a solução dos *third party rights* poder contribuir para a boa-fé do consumidor, terá não obstante implicações no que respeita à comercialização de bens alheios. Talvez este aspeto extravase a proteção do consumidor, entrando em domínios ainda significativamente marcados por diferenças de regime entre os Estados-Membros e que se prendem com as suas tradições jurídicas. É verdade que se trata de uma norma limitada à compra e venda efetuada por consumidor, mas, todavia, não deixará de ter impacto no regime da compra e venda, tratando-se de coisa alheia comprada a comerciante¹⁶.

2. A portabilidade transfronteiriça de serviços de conteúdos em linha

A proposta de regulamento destinado a assegurar a portabilidade transfronteiriça de serviços de conteúdos em linha¹⁷ complementa o pacote de proteção do consumidor no mercado único digital. Tendo em conta as capacidades tecnológicas dos novos dispositivos portáteis, como os *tablets* e

¹⁵ ALBERTO DE FRANCESCHI e MICHAEL LEHMANN, "Data as tradeable commodity and new measures for their protection", *The Italian Law Journal*, Vol. 1, 1 (2015), pp. 51-72.

¹⁶ Veja-se designadamente o artigo 1301.º do Código Civil Português.

¹⁷ COM(2015) 627 final.

smartphones, a proposta visa assegurar que os consumidores possam usar serviços online como por exemplo o *Netflix*, que oferecem acesso a conteúdos, tais como música, jogos, filmes ou eventos desportivos, não só no seu Estado-Membro de residência, mas também quando eles estão temporariamente presentes noutros Estados-Membros da União.

O seu âmbito de aplicação abrange os acordos contratuais dos consumidores com os prestadores de serviços para a prestação de serviços de conteúdo on-line, tendo em conta barreiras jurídicas existentes como sejam a territorialidade dos direitos de autor e dos direitos conexos, incluindo em matéria de eventos desportivos. O preâmbulo esclarece que, de acordo com o direito da União, os eventos desportivos não são protegidos por direitos autorais e/ou direitos conexos (considerando 5)¹⁸. Todavia, são objeto de serviços de conteúdos online cuja portabilidade transfronteiriça pretende assegurar. Por outro lado, este regulamento aplicar-se-á também às transmissões de organizações de radiodifusão.

Nos termos do preâmbulo da proposta, a transmissão pelo provedor de serviços on-line de conteúdo que é protegido por direitos de autor e direitos conexos exige a autorização dos titulares de direitos relevantes, tais como autores, intérpre-

¹⁸ O Tribunal de Justiça da União Europeia pronunciou-se sobre esta questão no acórdão *Football Association Premier League*, de 4 outubro de 2011, processos apensos C403/08 & C429/08, EU:C:2011:631, para. 98, no sentido de que "os eventos desportivos não podem ser considerados como criações intelectuais qualificáveis como obras na aceção da directiva direitos de autor. O mesmo vale, em especial, para os jogos de futebol, enquadrados por regras que não deixam margem para uma liberdade criativa, na aceção do direito de autor." Sobre o tema, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, "Media rights and online betting in football matches under Portuguese law", *The International Sports Law Journal*, Vol. 3, 3 (2014), pp. 167-178.



tes, produtores ou organizações de radiodifusão para o conteúdo que seria incluído na transmissão, considerando-se que o mesmo é válido quando essa transmissão ocorre com a finalidade de permitir que o consumidor realize uma transferência, a fim de usar um serviço de conteúdo on-line (considerando 9).

A este respeito, assinala-se que um dos obstáculos à portabilidade transfronteiriça de serviços de conteúdo on-line decorre dos contratos celebrados entre os prestadores de serviços on-line e os seus assinantes, os quais por seu turno refletem cláusulas de restrição territorial inseridas em contratos celebrados entre esses prestadores de serviços e os titulares de direitos (considerando 10). Neste sentido, o regulamento aplicar-se-á a serviços de conteúdo on-line que um prestador de serviços, depois de ter obtido os direitos relevantes de titulares de direitos para um determinado território, fornece aos seus assinantes na base de um contrato, qualquer que seja o meio desse fornecimento (*streaming*, descarga ou qualquer outra técnica de utilização desse conteúdo). Todavia, a inscrição para receber alertas de conteúdo ou uma mera aceitação de cookies HTML não deve ser considerado como um contrato para a prestação de serviço de conteúdo on-line para os efeitos do regulamento. Ou seja, o mero facto de aceitar cookies quando se visita uma página ou de inserir um endereço de email para receber alertas não será considerado indício suficiente de vontade de celebração de um contrato de serviços on-line de conteúdo.

Por outro lado, a fim de assegurar a portabilidade transfronteiriça de serviços de conteúdo on-line é necessário exigir *imperativamente* aos prestadores de serviços on-line que pro-

porcionem aos seus assinantes a utilização do serviço no Estado-Membro da sua presença temporária em termos de acesso ao mesmo conteúdo no mesmo intervalo e número de dispositivos, para o mesmo número de utilizadores e com a mesma gama de funcionalidades como os oferecidos no seu Estado-Membro de residência (considerando 18).

Todavia, ao mesmo tempo, não se exige ao prestador de um serviço de conteúdo on-line tomar medidas para garantir a qualidade da prestação de tais serviços para além da qualidade disponível através do acesso on-line local escolhido por um assinante enquanto temporariamente presente noutra Estado-Membro (considerando 19). Isto é, o prestador de serviço de conteúdo não pode ser obrigado a garantir uma qualidade de serviço melhor no Estado-Membro de residência temporária do que no Estado-Membro de origem do assinante. Este aspeto, todavia, é complementado pelo regulamento sobre internet aberta.

De modo a garantir que os prestadores de serviços de conteúdo online portáteis no Estado-Membro de residência dos assinantes possam prestar esses serviços aos seus assinantes quando estes estão temporariamente presentes noutra Estado-Membro, a prestação, o acesso e o uso de tal serviço de conteúdo on-line são tidos como ocorrendo no Estado-Membro de residência do assinante (considerando 20). Consagra-se deste modo o princípio do *passaporte europeu* para a prestação de serviços de conteúdo on-line portáteis para assinantes que permaneçam temporariamente em outros Estados-Membros, sem que para o efeito seja necessário obter autorizações adicionais.

Finalmente, de reter ainda que a prestação de um serviço de conteúdo on-line por um prestador de serviços a um assinante que se encontra temporariamente num Estado-Membro diferente do seu Estado-Membro de residência e o uso do serviço por um tal assinante de acordo com o regulamento não constituirá uma violação de direitos de autor e de direitos conexos ou de quaisquer outros direitos relevantes para a utilização do conteúdo no serviço (considerando 21 *in fine*).

Esta proposta de regulamento comprime, por conseguinte, a territorialidade do direito de autor e dos direitos conexos¹⁹, na medida em que os respetivos titulares não os poderão opor aos prestadores de serviços de conteúdo online nem aos seus assinantes quando estes se encontrem temporariamente fora do seu Estado-Membro de residência. Considera-se que não se trata de uma violação de direitos de autor e/ou de direitos conexos, mas não obstante parece-nos que, tratando-se de um ato de comunicação ao público deverá ser assegurada compensação equitativa aos autores por essa utilização suplementar²⁰.

Por outras palavras, o princípio do país de origem rege para efeitos da obtenção das necessárias autorizações, mas as utilizações efetivas deverão ser tidas em conta para efeitos

¹⁹ Veja-se a este respeito a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, intitulada *Towards a modern, more European copyright framework*, COM(2015) 626 final. Brussels, 9.12.2015.

²⁰ A concessão de licenças multiterritoriais por organizações de gestão coletiva de direitos em linha sobre obras musicais foi objeto de harmonização através da Diretiva 2014/26/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à gestão coletiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno.

de remuneração dos autores, ao menos nos termos de acordos a celebrar entre as entidades de gestão coletiva dos diferentes Estados-Membros.

3. Neutralidade da rede e internet aberta

O princípio da neutralidade da rede significa, em termos gerais, que os fornecedores de redes de comunicações eletrónicas utilizados para prestar acesso à internet e os prestadores de acesso à internet não dificultarão nem retardarão o funcionamento de serviços e de aplicações na Internet.

A neutralidade da rede não está apenas ao serviço da proteção do consumidor, sendo de alcance mais geral. No campo das telecomunicações a Lei das Comunicações Eletrónicas²¹ consagrou no seu artigo 16º-A a neutralidade tecnológica e a neutralidade de serviços na gestão do espectro. A *neutralidade tecnológica* significa que “todos os tipos de tecnologia usados para os serviços de comunicações eletrónicas podem ser utilizados nas faixas de frequência declaradas disponíveis para os serviços de comunicações eletrónicas e como tal publicitadas no QNAF” (nº 1, a). Por seu turno, a *neutralidade de serviços* quer dizer que “nas faixas de frequências declaradas disponíveis para os serviços de comunicações eletrónicas e como tal publicitadas no QNAF podem ser prestados todos os tipos de serviços de comunicações eletrónicas” (nº 1, b). Compete à ARN – Autoridade Reguladora Nacional

²¹ Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro (última alteração: Lei n.º 15/2016, de 17 de junho).

(ANACOM) garantir os princípios da neutralidade tecnológica e da neutralidade de serviços (artigo 35º)²².

Recentemente o Regulamento sobre Internet Aberta²³ consagrou o princípio da *neutralidade tecnológica* no sentido de proibir a imposição de um tipo específico de tecnologia e a previsão de requisitos discriminatórios que a favoreça (considerando 2).²⁴ O objetivo do regulamento é desenvolver a In-

²² São possíveis restrições, mas compete à ANACOM estabelecê-las dentro dos limites estabelecidos pela lei (artigo 16º-A). Deverão ser proporcionais, não discriminatórias e necessárias para evitar interferências prejudiciais; proteger a população da exposição a campos eletromagnéticos; garantir a qualidade técnica do serviço e/ou a maximização da partilha das frequências; salvaguardar a utilização eficiente do espectro; assegurar o cumprimento de um objetivo específico de interesse geral definido nos termos da lei; cumprir os regulamentos das radiocomunicações da União Internacional das Telecomunicações (UIT). Quanto às restrições à *neutralidade de serviços*, compete à ANACOM adotar medidas que imponham que um serviço de comunicações eletrônicas seja oferecido numa faixa de frequências específica, disponível para serviços de comunicações eletrônicas, desde que justificado com a necessidade de assegurar o cumprimento de um objetivo específico de interesse geral, por um lado; e que a oferta de um determinado serviço de comunicações eletrônicas numa faixa de frequências específica com exclusão de qualquer outro serviço, desde que justificada com a necessidade de proteger serviços de segurança da vida humana ou, excepcionalmente, para satisfazer outros objetivos de interesse geral previstos na lei, por outro. Objetivos específicos de interesse geral são, nos termos do artigo 16º-A/5, a segurança da vida humana; a promoção da coesão social, regional ou territorial, e da diversidade cultural e linguística e do pluralismo dos meios de comunicação, designadamente através do fornecimento de serviços de programas televisivos ou de rádio; a prevenção de utilizações ineficientes das frequências. Cabe à ANACOM publicitar as restrições à neutralidade tecnológica e à neutralidade de serviços no âmbito do QNAF (Quadro Nacional de Atribuição de Frequências), e proceder à reavaliação anual da necessidade de manutenção das restrições.

²³ Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2015, que estabelece medidas respeitantes ao acesso à Internet aberta. Em vigor desde 30 de abril de 2016.

²⁴ No Brasil, o princípio da neutralidade foi consagrado como princípio da *isonomia* da rede pelo Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, regulamentada pelo Decreto n. 8.771, de 11 de maio de 2016). Significa

ternet enquanto “plataforma aberta à inovação com poucos obstáculos de acesso para os utilizadores finais, fornecedores de conteúdos, aplicações e prestadores de serviços de Internet, tendo em conta que um número significativo de utilizadores finais é afetado por práticas de gestão do tráfego que bloqueiam ou tornam mais lentas algumas aplicações e serviços específicos (considerando 3).

O princípio da neutralidade tecnológica não é consagrado, enquanto tal, na letra da lei, mas antes como *garantia de acesso à internet aberta* nos termos do artigo 3º/1:

que os provedores de conexão de internet devem tratar de ‘forma isonômica’ quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço terminal ou aplicação (artigo 9.º). A discriminação ou degradação do tráfego só é permitida nos termos do referido Regulamento e apenas poderá ter lugar em virtude de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações e priorização dos serviços de emergência (artigo 9º, § 1). Em todo o caso, o responsável pela discriminação deve, nos termos do § 2 do artigo 9º: abster-se de causar danos aos usuários (1); agir com proporcionalidade, transparência e isonomia (2); informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo os seus usuários sobre as práticas de gestão e mitigação de tráfego adotadas, incluindo as relativas a segurança (3); e oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias abstendo-se de praticar condutas anticoncorrenciais (4). A rede deve ser igual para todos: ao comprar um plano de internet, o usuário paga somente pela velocidade contratada e não pelo tipo de conteúdo. As empresas não poderão, então, diminuir a velocidade da conexão para serviços de voz por IP para dificultar o uso de serviços de comunicações (e.g. Skype) ou reduzir a banda de um produto de uma empresa concorrente, por exemplo. O Marco Civil dá um significado mais profundo ao princípio da neutralidade da rede já que veda aos provedores de conexão bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados e interferir nas comunicações dos usuários. Ou seja, não apenas não têm um dever de vigilância, como lhes é imposto uma obrigação de não interferir com as comunicações dos utilizadores dos seus serviços. Sobre a lei Marco Civil da Internet ver, por exemplo, RONALDO LEMOS, “Uma nova lei para assegurar direitos na internet no Brasil: o Marco Civil”, *Propriedades intelectuais*, 2 (2014), pp. 30-34, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, “O “marco civil da internet”: a lei brasileira n.º 12965, de 23 de abril de 2014”, *Revista de Direito Intelectual*, 2 (2015), pp. 271-290.

os utilizadores finais têm o direito de “aceder a informações e conteúdos e de os distribuir, de utilizar e fornecer aplicações e serviços e utilizar equipamento terminal à sua escolha, através do seu serviço de acesso à Internet, independentemente da localização do utilizador final ou do fornecedor, ou da localização, origem ou destino da informação, do conteúdo, da aplicação ou do serviço”, sem prejuízo dos regimes legais relativos aos conteúdos, aplicações ou serviços.

O direito de acesso aberto tem *natureza imperativa* uma vez que, nos termos do artigo 3º/2, não pode ser limitado por acordos entre os prestadores de serviços de acesso à Internet e os utilizadores finais sobre: a) as condições comerciais e técnicas; b) as características dos serviços de acesso à Internet, tais como preços, volumes de dados ou velocidade; c) e quaisquer práticas comerciais utilizadas por prestadores de serviços de acesso à Internet. Além disso, os prestadores de serviços de acesso à Internet devem tratar equitativamente todo o tráfego, ao prestarem serviços de acesso à Internet, sem discriminações, restrições ou interferências, e independentemente do emissor e do recetor, do conteúdo acedido ou distribuído, das aplicações ou serviços utilizados ou prestados, ou do equipamento terminal utilizado, sem prejuízo de medidas razoáveis de gestão do tráfego (artigo 3º/3). Para serem razoáveis, as referidas medidas deverão ser transparentes, não discriminatórias, proporcionais e justificadas objetivamente por razões de qualidade técnica. Pela negativa, não podem basear-se em questões de ordem comercial, nem ter por objeto o controlo de conteúdos específicos, nem ser mantidas por mais tempo do que o necessário.

Os prestadores de serviços de acesso à Internet (PSAI) não podem bloquear, abrandar, alterar, restringir, ou degradar conteúdos, aplicações ou serviços específicos, ou categorias específicas dos mesmos. Nem podem estabelecer discriminações entre eles ou neles interferir, exceto na medida do necessário, e apenas durante o tempo necessário, para: cumprir as normas legais e regulamentares aplicáveis, e as decisões dos tribunais ou de autoridades públicas investidas de poderes relevantes; preservar a integridade e a segurança da rede, dos serviços prestados através dela e dos equipamentos terminais dos utilizadores finais; ou prevenir congestionamentos iminentes da rede e atenuar os efeitos de congestionamentos excepcionais ou temporários da rede, desde que categorias equivalentes de tráfego sejam tratadas equitativamente.

Por outro lado, os prestadores de serviços de comunicações eletrónicas ao público (incluindo os prestadores de serviços de acesso à Internet) e os fornecedores de conteúdos, aplicações ou serviços podem oferecer serviços diferentes dos serviços de acesso à Internet que estejam otimizados para conteúdos, aplicações ou serviços específicos, ou para uma combinação dos mesmos, se a otimização for necessária para respeitar os requisitos dos conteúdos, aplicações ou serviços para um nível de qualidade específico. Em todo o caso, só podem oferecer ou facilitar serviços se a capacidade da rede for suficiente para os fornecer além dos serviços de acesso à Internet já fornecidos, e em caso algum podem esses serviços ser utilizados ou oferecidos em substituição dos serviços de acesso à Internet, ou afetar a disponibilidade ou a qualidade geral dos serviços de acesso à Internet para os utiliza-

dores finais. Além do mais, as medidas não podem basear-se em questões de ordem comercial, mas apenas na qualidade técnica objetivamente diferente dos requisitos de serviço de categorias específicas de tráfego.

Conclusão

Da confiança do consumidor no comércio eletrônico depende, em larga medida, o crescimento e o bom funcionamento do mercado único digital.²⁵ Para o efeito, a Comissão apresentou mais duas propostas de diretivas, que completam o acervo do direito da União neste domínio, e uma proposta de regulamento sobre a portabilidade transfronteiras de serviços on-line. Serão certamente instrumentos relevantes para a criação do mercado único digital, que ganhou com o regulamento sobre internet aberta um importante corpo normativo ao nível da sua infraestrutura.

Impõe-se, todavia, articular estas novas propostas com a legislação já em vigor, de modo a encontrar-se um quadro normativo coerente e consistente. O projeto de Código do Consumidor seria certamente uma oportunidade para arrumar todo este arsenal normativo que se desenvolve senão caoti-

²⁵ "Renforcer la confiance des consommateurs et offrir une sécurité accrue aux entreprises" são duas das medidas fundamentais de promoção do comércio eletrônico apresentadas na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, intitulada *Une approche globale visant à stimuler le commerce électronique transfrontière pour les citoyens et les entreprises d'Europe*, COM(2016) 320 final, Bruxelles, 25.5.2016 (disponível também em alemão e inglês: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16804>).

camente pelo menos de forma assistemática e desordenada. Tendo em conta a importância do direito do consumidor para as empresas, podemos dizer com segurança que um Código do Consumidor bem elaborado e que abranja os desafios do mercado digital será certamente uma mais-valia para o empreendedorismo digital.

RESPONSABILIDADE POR DANOS EM MASSA: REFLEXÕES EM TORNO DA TEORIA DA *MARKET-SHARE LIABILITY*

Mafalda Miranda Barbosa¹

Resumo: A produção e o consumo em massa dão origem a fenômenos de danos também em massa, que desafiam a dogmática da responsabilidade civil. Neste artigo, analisamos algumas das doutrinas que se debatem a este propósito. Desde logo, questionaremos a possibilidade de aceitar ou não a doutrina da *market-share liability*, para concluirmos em sentido negativo, e, em seguida, tentarmos perceber se há alguma forma de a compatibilizarmos com as perspetivas tradicionais em matéria de causalidade. Recusada, também, essa compatibilização, propomos que a solução para os problemas de danos em massa passem por uma adequada compreensão do requisito causal como imputação e do problema da causalidade alternativa incerta.

Palavras-chave: causalidade, imputação, danos em massa, causalidade alternativa incerta, responsabilidade pela quota de mercado

¹ Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Este trabalho integra-se nas atividades do Grupo de Investigação “Contrato e Desenvolvimento Social” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do Projeto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013), financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT).

Abstract: Production and mass consumption gave rise to a mass damage phenomenon that ultimately challenges the dogmatic of civil liability. In this paper we will analyse some of the legal doctrines that debate such issue. We will start by questioning whether market-share liability can be accepted or not, to further conclude on its rejection. Secondly, we will try to understand if such doctrine can be compatible with causations' traditional views. After rejecting the results of such effort, we will analyse a perspective based on an adequate perception of causation as objective imputation and of alternative causation, in order to propose a viable solution for mass products tort.

Keywords: causation, imputation, mass products torts, alternative liability, market-share liability.

1. Do consumo em massa aos danos em massa. A formulação do problema.

O mundo contemporâneo é caracterizado pela produção e consumo em massa, ou seja, por um mercado em que os produtos são, na sua generalidade, normalizados e em que a procura dos mesmos é massificada. Os dados enunciados na sua simplicidade teórica arrastam consigo consequências de não pequena monta.

Desde logo, conduzem a fenómenos de produção excedente e à adoção de um *marketing* agressivo para a fazer escoar. Por outro lado, fomentam uma tendência crescente para o consumismo. Não é nosso propósito dissertar acerca desta realidade que, não raras vezes, conduz à própria alienação do homem.

Há, porém, um aspeto de suma importância que merecerá a nossa atenção, pelas implicações que comporta. Falamos da possibilidade de, com base nesta produção em massa, ocorrerem também danos em massa. Repare-se: se os bens são produzidos de forma massificada, então qualquer defeito potencialmente lesivo que se converta num dano não vai atingir apenas um consumidor, mas uma multiplicidade de consumidores. Ou seja, os danos surgem de forma massiva. Simplesmente, tais danos não se compreendem apenas por referência à multiplicidade de lesados. Dito de outro modo, não é apenas a profusão de danos que torna estas hipóteses juridicamente relevantes problemáticas. Mais do que isso, podem materializar-se muito tempo depois da colocação no mercado do produto; e pode não ser possível determinar qual o real produtor do bem causador da lesão. Basta, para tanto, que a pessoa tenha consumido bens de mais do que um produtor e que, fruto da normalização do produto, não seja possível determinar qual deles, em concreto, causou o dano. Noutras situações não será propriamente a normalização do produto o fator determinante da incerteza de que se fala, mas o tipo de produto em questão, a apontar para a sua fungibilidade.

Em casos como este, a dogmática da responsabilidade civil é desafiada.

Donald G. Gifford considera mesmo que as ações propostas contra determinados produtores de bens levaram à “redefinição” de alguns aspetos da *tort law*, sobretudo em face de cenários dilemáticos em que se mostre inviável determinar a autoria da lesão, ou melhor o produtor cujo bem a provocou. Os *mass products tort cases* de que agora falamos conduzem, de

facto, a uma indagação que, contrariamente à complexidade que a enerva, pode ser formulada em termos simples: “devemos afastar o requisito da causalidade individual e avançar para uma solução instrumentalizada de prossecução do *welfare state*?”².

Gifford esclarece que, “desde 1980, os tribunais têm forjado novas doutrinas e aplicado criativamente as clássicas teorias para fazer face aos danos que os consumidores de produtos fungíveis sofrem sem que consigam fazer prova da autoria deles por parte de um particular produtor” e acrescenta que “um dos caminhos gizados passou pela interpretação extensiva das doutrinas que visam solucionar o problema da causalidade alternativa”, enquanto outro passou “pela edificação de posições como o *market-share liability*”³.

É exatamente sobre esta perspetiva que nos vamos debruçar, primeiro para a compreender nos seus contornos problemáticos, e, depois, para a analisar criticamente.

2. A teoria da *market-share liability*

Ao nível da teoria da *market-share liability*, está em causa uma tentativa de encontrar uma solução para casos como

² Cf. DONALD G. GIFFORD, “The death of causation: mass products torts’ incomplete incorporation of social welfare principles”, *University of Maryland School of Law, Legal Studies Research Paper*, n.11/2006 (disponível em www.ssrn.com/abstract=898628), p. 1-85. Do autor, veja-se, também, “The Challenge to the Individual Causation Requirement in Mass Product Torts”, *University of Maryland School of Law, Legal Studies Research Paper*, n°2005-34, www.ssrn.com/abstract=696561

³ DONALD G. GIFFORD, “The death of causation: mass products torts’ incomplete incorporation of social welfare principles”, p. 4.

o que é relatado no precedente *Sindell v. Abbott Laboratories*: cerca de 200.000 mulheres foram tratadas, nas décadas de 50 a 70 do séc. XX, nos EUA e em vários países da Europa, com o *diethylstilbestrol*, um medicamento composto por estrogénio que era ministrado para evitar ou diminuir o risco de aborto. Mais tarde, descobriu-se que a ingestão do referido medicamento determinou o aparecimento de adenocarcinoma do útero nas filhas das mulheres que o receberam durante a gravidez. Aumentou-se, ainda, o risco de desenvolvimento de cancro da mama naquelas mulheres que consumiram o DES. No que respeita aos filhos, verificaram-se casos de malformações genitais, incremento do risco de cancro do testículo, infertilidade, diminuição do volume de esperma. Sindell era filha de uma mulher que tinha consumido DES durante a gravidez e, vindo a sofrer de cancro do colo do útero, não conseguia identificar o concreto produtor do fármaco que a vitimou. Propôs, então, uma ação contra vários laboratórios que representavam 90% do mercado do fármaco. O Supremo Tribunal da Califórnia condenou os diversos produtores a indemnizar as vítimas independentemente do facto de não ter ficado provado o nexo de causalidade entre os danos sofridos pelas vítimas e o consumo dos medicamentos, tendo a indemnização sido fixada de acordo com a quota de mercado que cada um detinha⁴.

Significa isto que a responsabilidade se afirma independentemente da prova da causalidade e independentemente do estabelecimento de um nexo de imputação objetiva⁵. Pelo

⁴ Cf., para uma exposição muito pormenorizada do precedente, DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 192 e ss.

⁵ A bibliografia acerca do *market-share liability* é vastíssima e inabarcável.

contrário, ela é determinada pela quota de mercado que cada um detém, de tal modo que, se se vier provar que o consumidor não utilizou um bem fornecido por um determinado produtor, este continua a ser responsabilizado. A responsabilidade de cada um dos produtores não se afirma, contudo, em termos solidários, mas em termos proporcionais à quota que detém no mercado, nessa medida distinguindo-se do que na literatura anglo-saxónica vem conhecido por *multiple liability*, no quadro da qual cada um dos potenciais lesantes seria responsável pela totalidade dos danos⁶.

Pressupostos necessários para que se possam abrir as portas a esta forma de responsabilidade seriam a uniformidade

Sem embargo de ulteriores e anteriores referências, cf., *inter alia*, GUIDO CALABRESI, "Concerning cause and the law of torts. An essay for Harry Kalven Jr.", *University of Chicago Law Review*, 43, 1975, pp. 69 e ss.; DEVRA L. GOLBE/LAWRENCE J. WHITE, "Market share liability and its alternatives", *Social Science Research Network Electronic Paper Collection*, NY University Centre for Law and Business, 1999 (www.papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=209809); SUSAN ROSE-ACKERMAN, "Market-share allocations in tort law: strengths and weaknesses", *Journal of Legal Studies*, n.19, 1990, pp. 739-746; DWORKIN/SOLLER, "Market-share liability: proposals for application", *American Business Law Journal*, 19, 1982, pp. 523 e ss.; FISCHER, "Products liability – An analysis of Market-share liability", *Vanderbilt Law Review*, 34, 1981, pp. 1623 e ss.; BENJAMIN C. ZIPURSKY, "Evidence, Unfairness and market-share liability: a comment on Geistfeld", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 156, pp. 126 e ss.; MARK A. GEISTFELD, "Social value as a policy-based limitation of the ordinary duty to exercise reasonable care", *Wake Forest Law Review*, vol. 44, pp. 899 e ss.; Id., "The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability", *University of Pennsylvania Law Review*, nº155, pp. 498 e ss.; GLEN O. ROBINSON, "Multiple causation in tort law: reflections on the DES cases", *Vanderbilt Law Review*, nº68, 1982, pp. 713 e ss.; STATHIS BANAKIS, "European Tort Law: is it possible?", *European Review of Private Law*, 3, 2002, pp. 363-375, em especial p. 372; DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos*, pp. 192 e ss.; ALBERT AZAGRA MALO, *Causalidad tóxica y responsabilidad por cuota de incremento de riesgo*, Barcelona, 2006, www.indret.com.

⁶ Cf. DEVRA L. GOLBE/LAWRENCE J. WHITE, "Market share liability and its alternatives", cit.



do risco, a qual pode ser desdobrada, nos termos do *Draft Restatement (Third) of Torts*, em *uniformity of product identity*, *uniformity of either product defectiveness or the manufacturer's other tortious conduct* e *uniformity of degree of risk*; a impossibilidade de identificação dos reais causadores do dano; e a capacidade judicial de determinar as quotas de mercado de um modo que faça algum sentido⁷. A uniformidade do risco surge, neste âmbito, conexas com uma ideia de fungibilidade do bem criador desse risco. Este é, no entanto, um ponto controverso entre os teorizadores da *market-share liability*, que debatem até que ponto essa fungibilidade deve ser exigida como pressuposto de aplicação da doutrina⁸.

⁷ DONALD G. GIFFORD/PAOLO PASICOLAN, "Market-share liability beyond DES cases: the solution to the causation dilemma in lead paint litigation?", *Law Review*, version 4:24, 2006, pp. 1 e ss., www.ssrn.com/abstract=898612, p. 10/11 e 56

⁸ Sobre o ponto, cf. ALLEN ROSTRON, "Beyond Market-share liability: a theory of proportional share liability for nonfungible products", *UCLA Law Review*, 52, 2004, p.. 151 e ss., em especial p. 163/167 (distinguindo três dimensões da fungibilidade, a *functional indistinguishability*, *physical indistinguishability* e a *uniformity of risk*) e p. 168/168 (considerando que para a sua teoria – amplificadora do *market-share liability* e denominada por *proportional share liability* – é irrelevante a ideia de fungibilidade).

Sobre a possibilidade de adoção da doutrina do *market share liability* no ordenamento jurídico espanhol enquanto critério guia de resolução de problemas de imputação, não só em sede de responsabilidade por produtos defeituosos, mas também no quadro da responsabilidade ambiental, cf. ALBERT RUDA GONZÁLEZ, "La responsabilidad por cuota de mercado a juicio", *Indret*, 3/2003, www.indret.com. O estudo do autor é orientado pela pressuposição da problemática causal do ponto de vista dito factual. Na verdade, e embora a seu tempo tenhamos oportunidade de equacionar a bondade da cisão entre a factualidade e a normatividade, não se ignora, pela leitura do artigo, que González parte da questão da prova da causalidade que, vertendo-se numa demonstração probabilística (regra da maior preponderância da prova), acaba por fazer o jurista enredar-se numa série de problemas de difícil solução. A constatação de tais dificuldades insta-o a perscrutar outros caminhos de orientação, maxime a citada doutrina do *market share liability*. Sobre os pressupostos de aplicabilidade dela, cf. pp. 7 e ss.: 1) carácter fungível

do bem criador do risco, de tal modo que "todas as unidades do bem geram o mesmo risco de dano, de tal modo que, quantas mais unidades um produtor tenha colocado no mercado, mais aquele risco aumenta", donde a doutrina é, segundo a sua lição, inaplicável a outros produtos como as armas de fogo, cuja perigosidade está dependente do tipo; 2) a impossibilidade de identificação do causante do dano não pode ser imputável ao lesado; 3) a vítima terá de demandar um dos produtores do bem que causa potencialmente aquele dano, sendo importante que a ação seja proposta contra um dos produtores que ocupe uma posição substancial (*substantial share*) no mercado [cf. p. 9]; 4) perigosidade intrínseca do produto [cf. p. 10]; 5) produção pelo produto de uma enfermidade típica ou de determinados sintomas. Sobre os efeitos da responsabilidade assim ancorada, cf. p. 11, onde se fala de uma obrigação parcial, fracionada, por oposição àquilo que é, entre nós, a regra, e que se vem a traduzir na solidariedade obrigacional da indemnização devida. Para uma crítica da doutrina e da sua transposição para o ordenamento espanhol, cf. p. 14.

Veja-se, também, DONALD G. GIFFORD/PAOLO PASICOLAN, "Market-share liability beyond DES cases: the solution to the causation dilemma in lead paint litigation?", *Law Review*, version 4:24, 2006, p. 1 e ss., www.ssrn.com/abstract=898612, considerando que o *market-share* apenas pode ser entendido como um expediente para fazer face à dificuldade de prova da causalidade e não como um mecanismo de imposição de um imposto por via jurisdicional, pelo que se haverá de submeter aos requisitos da *judicial competence and feasibility*. Aduzem, em conclusão, que "if market share liability in any given factual context cannot realistically apportion financial responsibilities among manufacturers in a manner that reasonably approximate the harms caused by each manufacturer, then the assessment of damages under market share is no longer a judicial function". A doutrina do *market-share liability* vem pensada pelos autores, historicamente, como uma resposta aos problemas que o lesado enfrentava em certos casos em torno do requisito da causalidade – cf. p. 6, com a referência ao caso *Sindell vs. Abbott Laboratories*. E envolve, como tal, a discussão em torno dos requisitos da sua própria operatividade, em homenagem à finalidade pela qual foi forjada. É, por isso, que se assiste, como se comprova no estudo dos autores, ao debate acerca da (im)prescindibilidade da fungibilidade do produto causador da lesão. A ideia de *uniformity of risk* e bem assim a gênese do instituto mostram-nos, a despeito da habitual colagem da doutrina a uma racionalidade de tipo económico, que é possível pensar na figura independentemente das nervuras tecnocráticas.

No que concerne ao ordenamento jurídico holandês, v. Lucas Bergkamp, "Compensating personal injuries caused by DES: No causation liability in the Netherlands", *European Journal of Health Law*, 1, 1994, p. 35 e ss.; EDWOUDE HONDIUS, "A Dutch DES case: pharmaceutical producers jointly and severally liable", *European Review of Private Law*, 2, 1994, p. 409 e ss. Entre nós, dando conta do estado

da questão naquele ordenamento jurídico, cf. DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos...cit.*, p. 200 e ss. O Supremo Tribunal Holandês rejeitou a aplicação da doutrina da *market-share liability* por entender que a mesma desprotegia a vítima. Ao invés, aplicou o artigo 99º do novo código civil, que determina que, "se o dano pode ter sido causado por dois ou mais factos por cada um dos quais uma pessoa diferente é responsável, e se ficou provado que o dano foi causado por pelo menos um desses factos, cada um deles tem o dever de compensar os danos, exceto se provar que eles não foram causados pelo facto por que é responsável". Da autora, veja-se, ainda, pp. 206 e ss., em comentário à possível forma de solução do problema no ordenamento jurídico alemão quando em causa esteja o consumo de um fármaco. Assim, entra em cena a presunção de causalidade prevista na *Arzneimittelgesetz* (AMG), depois das alterações que sofreu com a reforma do direito da responsabilidade civil. Verificado um dano, é o produtor do medicamento que tem de vir provar que o seu fármaco não o causou ou, então, que existe outra circunstância em concreto idónea para causá-lo. Mas o lesado terá de provar a identidade do produtor que lhe forneceu o medicamento? Cf., a este propósito, a síntese oferecida por DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos*, p. 206. Alguns autores entendem que o lesado deve provar a "concreta possibilidade de que os danos que sofreu tenham sido causados pelo medicamento do laboratório demandado na ação. Desta forma, o lesado teria que provar na ação que consumiu o medicamento fabricado pelo demandado e convencer o tribunal da idoneidade do medicamento para causar o dano. Isto provado, o demandado apenas pode romper o nexo de causalidade provando que não causou o dano ou que existem outras circunstâncias suscetíveis de terem causado o dano. Se, porém, o demandado apenas consegue provar a potencial causalidade de outros medicamentos defeituosos para causar o dano, responde solidariamente pelos danos e dispõe de uma ação de regresso contra os outros laboratórios". Em causa estaria a interpretação do § 84.2 da citada lei alemã. Segundo Diana Montenegro da Silveira, "o referido preceito alemão permite uma interpretação mais flexível e abrangente, suscetível de solucionar diretamente situações de causalidade alternativa. Com efeito, a mencionada norma estipula que, sempre que o medicamento utilizado seja idóneo, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para causar o dano, presumir-se-á que o dano foi causado por esse medicamento, sendo que a presunção de causalidade não será quebrada mesmo que o demandado prove que outros medicamentos defeituosos são igualmente idóneos para causar aquele dano, caso em que o demandado responderá solidariamente com os outros laboratórios" – cf. pp. 206 e 207. Assim, e continuando a acompanhar o excuro da autora, num caso como o DES, conseguindo provar-se que aquele foi o medicamento usado pela mãe e que este é idóneo a causar o dano, "de acordo com a lei alemã, presumir-se-ia

3. A dupla perspetiva de compreensão da *market-share liability*

Potenciada em termos sociológicos pelo surgimento de casos de danos em massa⁹, a formulação desta teoria surge muito próxima dos movimentos da análise económica do direito.

Não se estranha, por isso, que, no mesmo horizonte de problematicidade, tenham surgido outras perspetivas como as que procuram resolver estes casos com apelo a uma ideia de

(...) o nexo de causalidade, sendo o laboratório demandado o responsável pela indemnização da vítima. Sucede, contudo, que a vítima demanda um laboratório farmacêutico mas não consegue provar que foi este que produziu o DES consumido pela sua mãe. O laboratório demandado teria a hipótese de quebrar o nexo de causalidade provando que não foi o DES por si produzido que causou o concreto dano daquela vítima concreta. Ou, então, poderia invocar e provar a idoneidade do DES produzido por outros laboratórios para provocar o dano, caso em que responderia solidariamente pelo dano com estes laboratórios (...)"'. Veja-se, igualmente, SCHUBERT, "Asbestgefahren als rechtliches Ordnungsproblem – Erfahrungen aus den Vereinigten Staaten von Amerika", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1983, pp. 367 e ss. Cf., também, MARÍA ANGELES PARRA LUCAN, "The proof of a causal relationship – damages caused by identical products made by different manufacturers (Comments on the Judgment of the Dutch Supreme Court of 9 October 1992. The possible solution offered by the Spanish legal order)", *European Review of Private Law*, 1994, pp. 414 e ss.

⁹ Cf. BASIL S. MARKESINIS/AGNUS JOHNSTON/SIMON DEAKIN, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 5th edition, Clarendon Press, Oxford, 2003, pp. 249 e ss., fazendo remontar o acolhimento jurisprudencial da doutrina às dificuldades patenteadas pelos critérios condicionais, ancorados numa ideia de contrafactualidade [o seu desenvolvimento ficou sobretudo ligado à responsabilidade do produtor, sempre que o lesado não conseguisse provar em concreto qual o produto que efetivamente o lesou, ou o produto foi fabricado por uma infinidade de empresas e distribuído por outras tantas. Diferentes jurisdições sustentaram, então, a *market-share causation theory*.



*risk creation*¹⁰. De acordo com Christopher Schroeder, aqueles que assumem um comportamento arriscado não devem ser responsabilizados em relação às particulares pessoas que sofrem danos, mas devem contribuir para um fundo comum, que serviria para compensar todos os que são lesados por aqueles riscos. Na base da defesa de tal posição, encontramos a recusa da arbitrariedade que implica a responsabilização com base na causalidade¹¹. Para outros autores, a responsabilidade deveria ser afirmada com base na doutrina do *least-cost avoider*, que conduz à imputação do dano àquele que está em condições de melhor controlar a situação, que é, em geral, aquele para quem ela é geradora de benefício, ou do *cheapest cost avoider*¹².

¹⁰ Cf. A este propósito, cf. CHRISTOPHER SCHROEDER, "Corrective justice, liability for risks, and tort law", *UCLA Law Review*, 38, 1990, pp. 143 e ss

¹¹ Do autor, cf., ainda, "Causation, compensation, and moral responsibility", *Philosophical Foundations of Tort Law*, DAVID G. OWEN (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 347 e ss. e "Corrective justice and liability for increasing risks", *UCLA Law Review*, 37, 1990, pp. 439 e ss.

¹² Cf. RONEN PERRY, "Relational economic loss: an integrated economics justification for the exclusionary rule", *Rutgers Law Review*, vol. 56:3, pp. 715 e ss., em especial pp. 749 e ss., onde se evidencia a abrangência da doutrina para lá do tratamento particular do problema da causalidade.

Explicita o autor que em alguns casos de *relational loss* não ocorre um verdadeiro dano social, na medida em que é contrabalançado pelos correspondentes ganhos, razão pela qual se indaga se é economicamente desejável impor a responsabilidade nestas situações. A resposta é encontrada ao nível do *cheapest cost avoider*. Na verdade, no quadro da análise económica do direito, o direito delitual surge como mecanismo que providencia incentivos para mudanças comportamentais que podem reduzir o dano esperado. Se ele pode ser eliminado ou reduzido quer pela alteração da potencial vítima, quer pela alteração do potencial lesante e se a combinação das duas mudanças não reduz o dano esperado mais do que cada um separadamente, então há que determinar qual delas comporta menos custos, ou seja, quem é o *cheapest cost avoider*. Sendo o potencial lesante, então a responsabilidade deve ser imposta; sendo o potencial lesado, a melhor solução é a exclusão dela. Em suma, a compensação deve existir quando a potencial vítima é capaz de prevenir os seus próprios danos e tenta fazê-lo e o

A simples ligação da doutrina da *market-share liability* à

potencial lesante é o *cheapest cost avoider* de tal dano. Como ilustração da teoria, RONEN PERRY chama à colação um exemplo que, situando-se nos antípodas do modo como perspetivamos o problema imputacional, não deixa de nos dizer muito pela identidade problemática que apresenta com aqueles outros casos que tratámos em *Responsabilidade versus liberdade: a precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Almedina, Coimbra, 2005. Olhemos, então, para a explicitação do autor: B é um construtor contratado para levar a cabo escavações numa área industrial; se B levar a cabo o seu trabalho sem nenhuma precaução, há uma probabilidade de 10% de que um cabo de fornecimento de electricidade a A seja cortado. Arranjá-lo vai custar \$100 (Dano esperado para a companhia eléctrica é de \$10); A vai perder \$ 700 de lucros durante a reparação (o dano esperado é de \$ 70). Os concorrentes de A vão aumentar a sua produção facilmente durante a reparação e não há nenhum custo social para além dela. A pode prevenir o dano contratando um experiente supervisor por \$ 200 ou instalando um sistema de *stand-by* durante a operação, o que lhe custará \$ 50. B pode prevenir o acidente por \$ 30 (custo de ter mapas detalhados para fornecer informações precisas a quem manobra a retroescavadora). De um ponto de vista económico, nenhuma precaução deve ser tomada no sentido de evitar o acidente. O *cheapest cost avoider* da prevenção (\$ 30) é mais elevado que o dano social esperado (\$10). Ao mesmo tempo, constata-se que, se a responsabilidade não for imposta, A vai instalar um sistema de *stand-by*, sendo o custo privado da instalação (\$ 50) mais pequeno que o dano privado esperado (\$ 70). Segundo RONEN PERRY, o direito delitual, nestas situações, não permite encontrar a melhor solução, mas tão-só a segunda melhor opção (prevenção do acidente por B, assumindo que isso irá induzir A a não instalar o sistema de protecção). Tornar B responsável por todos os danos implica que se analisem três questões (cf. p. 750): "a) pode a potencial vítima prevenir o seu dano?; b) vai a potencial vítima escolher preveni-lo se não for indemnizável?; c) em que medida o custo de prevenção pelo potencial lesante é menor do que o custo de evitar o dano pela potencial vítima?". A resposta negativa a uma delas implica a exclusão da responsabilidade como a melhor solução. Dois são os dados que, incontornavelmente, ressaltam da exposição do pensamento do autor, ancorado na visão de Calabresi acerca do problema delitual: de um lado, a radicalidade com que o instituto é apreendido torna dispensável a causalidade, donde, se bem que anunciado como doutrina de tratamento do requisito no seio da *law and economics*, se constata que o *cheapest cost avoider* ultrapassa em muito a intencionalidade criteriológica com que poderia ser olhado; de outro, a solução dispensada para o caso concretamente tratado choca com a resposta que demos aos *cable cases*, exatamente porque recusámos a visão tecnocrática para abraçar o personalismo ético contaminador da intencionalidade jurídica, sem a qual ela não o é verdadeiramente.

law and economics seria bastante para a afastar do nosso horizonte discursivo, já que, como tivemos oportunidade de referir noutros estudos, a adoção de uma racionalidade de tipo estratégico e economicista, a fazer substituir a categoria da justiça pela categoria da eficiência, não só não é coberta pelo sistema positivo de direito, como quadra mal com a intencionalidade predicativa da juridicidade.

Haverá, contudo, outros motivos que fundam a nossa não-aceitação da doutrina, que haveremos de analisar.

Antes, porém, importa ter em conta que não há uma relação unívoca entre a doutrina em análise e a corrente de pensamento mencionada: 1) a *market-share liability* não esgota o pensamento da análise económica do direito no tocante à responsabilidade civil; 2) é possível tentar perspetivar a doutrina em questão com notas da normatividade que nos afastam do cunho tecnocrático com que somos, na maioria das vezes, confrontados.

Na verdade, a *market-share liability* não pode, por antonomásia, ser vista como a doutrina representativa da corrente do pensamento jurídico conhecido pela *law and economics*. O dado já transparece do que ficou dito anteriormente, mas convém, numa tentativa de inteleção da complexidade subjacente ao modelo aqui criticado, não esquecer, por exemplo, o testemunho de Calabresi acerca da referida distribuição dos riscos¹³. É que, se em causa está uma conceção de alocação

¹³ Cf. CALABRESI, "Some thoughts on risk distribution and the law of torts", *The Yale Law Journal*, volume 70, number 4, 1961, pp. 499-553, em especial pp. 500. Note-se que o autor não se debruça sobre o tópico da causalidade, mas de uma forma macroscópica, nem por isso pouco densificada, sobre a justificação para a própria alocação dos danos. A busca do fundamento – animado pela finalidade de diminuição dos custos sociais – é feita à luz da racionalidade economicista e pode levar à chamada à colação de múltiplas justificações. Para uma análise

dos riscos e perdas, em bom rigor ela não se impunha inexora-

delas, cf. pp. 517 e ss. E não poderá deixar de se repercutir numa conformação precisa do arrimo causal. Importa, contudo, não esquecer que o pensamento de Calabresi pode levar-nos mais longe, justificando a abdicção do modelo dos *torts* por outro que seja mais eficiente. Não raras são, de facto, as vezes em que o problema da causalidade surge, neste horizonte discursivo, pensado como via de fundamentação da responsabilidade. Ou dito de outro modo e retomando algumas das considerações antecedentes, afastam-se os autores das doutrinas que, de inspiração veneziana ou outra, sustentam poder a responsabilidade ancorar-se no puro requisito causal. E imbuem as lucubrações a que dão azo com o manto da economicidade. Note-se que, tendo recusado a importância do requisito causal, e procurando depois a reconciliação dos seus postulados com o pressuposto, Calabresi pode ser nomeado como defensor da doutrina do *cheapest cost-avoider*.

A propósito do afastamento, orientado por uma visão tecnocrática, do figurino puramente causal da responsabilidade, cf. FRANCESCO PARISI/GIAMPAOLO FREZZA, "La responsabilità stocastica", *Responsabilità civile e previdenza*, vol. LXIII, nº3, 1998, pp. 824-847. Atentemos no propósito delineado pelos autores, como mote de investigação. Dizem-nos, a pág. 824 e ss., que "o presente estudo intenta analisar as recentes tentativas da jurisprudência e doutrinas norte-americanas em vista a elaborar novos critérios de imputação da responsabilidade que transcenda os tradicionais parâmetros da causalidade" [tradução nossa]. Se na base dele encontramos aqueles casos que, redundando numa prova diabólica do nexu causal, levam o jurista a cogitar soluções que prescindam da certeza probatória, os autores seguem, a partir daí, dois caminhos que se cruzam na fundamentação a que conduzem. De um lado, procuram analisar a possibilidade de extrapolação a partir dos casos eivados com um grau de problematicidade acrescida, erigindo, assim, uma regra geral de imputação em todas as situações em que exista o curso de mais do que um lesante na produção do dano. Do outro, fazem descer sobre a dita *responsabilità stocastica* o manto da eficiência económica, indagando, portanto, se a solução avançada é ou não consentânea com o modelo de racionalidade de que partem. [Acerca da responsabilidade *stocastica*, vide, igualmente, Raniero Bordon, *Il nesso di causalità*, Utet Giuridica, Torino, 2006, pp. 104 e ss., onde se explica que, por via dela, se procura imputar a responsabilidade de acordo com parâmetros probabilísticos de causalidade, como o volume de atividade ou a quota de mercado. Refira-se que o autor alerta para o facto de, com isto, aportarmos a soluções injustas – cf. p. 105]. Três são, então, as traves mestras de intelecção do estudo dos autores: dimensão probatória e curso de responsabilidades; edificação de um sistema de imputação, em termos gerais, que prescinda da causalidade entendida em termos estritos; conformação economicista da solução pensada em termos gerais. Se o primeiro dado, atinente à incerteza causal, é de tal modo claro que dele se não pode desconfiar; se o segundo dado pode fazer lembrar as nossas preocupações, o terceiro elemento



velmente com os contornos que esta doutrina patenteia. Con-

que se convoca concita – já o sabemos – a nossa veemente crítica. Os autores que acompanhamos atêm-se às situações em que existe o contributo de mais do que um agente para o surgimento do ilícito. E relativamente a elas não deixa de estar presente a dualidade: imputação com base na causalidade ou com base na contribuição para o risco. Não é, aliás, estranho a isso o facto de, no âmbito da investigação, se orientarem pela questão da responsabilidade civil por danos causados em massa por produtos tóxicos. Importantíssima, pois, a taxonomia apresentada pelos insignes juristas das possíveis formas de abordagem do fenómeno. Em sintonia com a referência economicista à *market-share liability*, falam, a pág. 831, da teoria da responsabilidade pela divisão do mercado (cf. p. 833, onde explicitam não ser ela mais do que uma expressão da anterior, consagrada pelo precedente *Hall v. E. I. Dupont De Nemours & Co.* (18). Note-se que, em tudo o que vai dito por Parisi e Freeze, se denota claramente estarem os arrimos problemáticos intimamente ligados ao que classicamente era conhecido pelo problema da *causation in fact*, também entendida como condicionalidade), da teoria da contribuição para o risco (ou doutrina da criação do risco, segundo a qual seria bastante a criação de uma esfera de risco contra a comunidade para se poder resolver positivamente a questão imputacional. Na base da sua construção teria estado a produção de um dano, diferido no tempo, depois de no passado a mãe ter consumido uma substância farmacológica potencialmente causadora daqueles efeitos no filho, que apenas se denotaram 17 anos após o nascimento. Com isto, alcança-se uma inversão do ónus da prova, não se devendo confundir, consoante o alerta dos estudiosos, esta doutrina com aquela outra que, tendo sido forjada por Robinson, é conhecida pela teoria do risco contributivo puro – cf. p. 835. A diferença reside no facto de aqui, ao contrário de ali, a criação do risco não conduzir simplesmente a um reajuste de forças em termos probatórios, mas sim levar de *per si* à responsabilização do sujeito que lhe deu azo. Citam, ainda, os autores o estudo de Robinson, publicado no *Journal of Legal Studies*, 14, 1985, pp. 779 e ss. – “Probabilistic causation and Compensation of Tortious Risk” – que, oportunamente e a partir desta indicação bibliográfica, consultámos, segundo o qual a teoria do risco contributivo puro é especificada ainda em atenção à criação irrazoável de um risco, ainda que não acompanhado de um dano atual. Em análise, pois, a problemática próxima do dano da perda de chance), da teoria da responsabilidade pelo exercício da empresa, da teoria da ação concertada (tal teoria importaria que o agente 1. levasse a cabo uma ação concertada com outro sujeito; 2. tivesse consciência da conduta ilícita de um outro sujeito e para ela contribuísse com substancial encorajamento ou assistência; 3. assistisse à conduta ilícita de outro sujeito e, através da sua própria e separada ação, participasse no ilícito. Cf. p. 833, mostrando como, a par da problemática causal, se colocam problemas atinentes à autoria) e da teoria da responsabilidade alternativa (lidando com questões de inversão do ónus da prova e inspirando-se na preocupação com as vítimas. Cf.

soante os postulados económicos de que se parta, assim poderão ser diversas as soluções a propor.

Por outro lado, podemos captar a doutrina sob uma ótica diversa¹⁴.

p. 834). Em todas elas, propõem uma visão funcionalizada e mostram como, sendo pensadas para contornar as aporias com que se confrontam em sede causal, acabam por se arvorar – alternativamente – em modelos fundacionais da responsabilidade. O erro não está, pois, na marginalização da causalidade entendida em sentido estrito mas no acobreado eficientista com que a mesma passa a ser olhada. Paradigmática disso é a análise económica que encetam a partir da p. 836. Mais se diga que as doutrinas em questão foram, inicialmente, pensadas para fazer face à dita causalidade de facto, pois o problema residia na não possibilidade de fixação com o nível de certeza pretendido do grau de contribuição de cada um dos agentes para a produção do dano.

¹⁴ A propósito da doutrina do *market-share liability* e da duplicidade de perspectivas – funcionalização da responsabilidade, pela aproximação aos modelos securitários e resolução de dilemas ao nível probatório –, Gifford salienta que a maioria dos tribunais se limitou a aplicá-la nos famosos casos DES, apresentando como justificação duas ordens de razões: a) os juízes não se mostram aptos a determinar a quota de mercado de cada produtor; b) o carácter dilatatório da produção do dano, a implicar que as empresas que ocupam o mercado à data da ocorrência dele possam não ser as mesmas de outrora. E sublinha que não se trata de uma forma de excluir a relevância causal, mas um modo heterodoxo de lidar com ela (cf. "The death of causation: mass products torts' incomplete incorporation of social welfare principles", p. 56-57).

Em "The challenge to the individual causation requirement in mass products torts", pp. 43 e ss., apresenta outras perspectivas de resolução dos *mass products torts* e das dilemáticas questões que patenteiam a propósito da causalidade: a) *concurrent causation resulting in indivisible harm* (p. 45), segundo o que um *tortious act* de dois ou mais agentes que sejam *cause-in-fact* de uma lesão indivisível da vítima conduz à responsabilização de ambos (acrescenta o autor que, "sendo *cause-in-fact* da lesão da vítima, não estamos diante de um caso em que ela seja indemnizada sem prova de que um particular lesante causou o dano, mas os tribunais, por vezes, aplicam a causalidade concorrente de maneira que permite ao lesado ser ressarcido sem identificar o particular lesante cujos produtos lhe causaram a lesão"); b) *alternative liability*, que, tendo origem no clássico caso dos caçadores, *Sumner v. Tice*, no qual um caçador foi atingido a tiro no olho por um dos seus companheiros, não se conseguindo discernir qual dos tiros foi, de facto, causa do dano, vem permitir que, apesar das atuações independentes, porque cada um agiu negligentemente, deve suportar o ónus de provar que o seu

A chamada à colação de mecanismos de coletivização

comportamento não foi causa do dano [cf., porém, para uma diferença entre os *mass torts* e os casos como *Summer v. Tice*, pp. 48 e ss. e pp. 51 e ss., sublinhando, designadamente, o facto de nem todos os possíveis produtores de bens que putativamente possam ter causado o dano à vítima serem chamados à lição]; c) *industry-wide liability* ou *enterprise liability* e *concert of action* ou *civil conspiracy*, nos termos das quais os produtores são vistos como agentes conjuntos ou cooperantes. A primeira teria sido rejeitada pela maioria dos tribunais; a segunda implica que se prove que os produtores prosseguiram um plano comum, partilhando a intenção de alcançar um objecto ilícito – *civil conspiracy* – ou actuando de modo *tortious* enquanto agem concertadamente – *concert of action* – cf. pp. 60 e ss.

Saliente-se, ainda, que muitos entendem ser possível a conciliação entre uma visão não economicista da responsabilidade civil e a doutrina do *market-share liability*. Nesse sentido, cf. ARTHUR RIPSTEIN/ BENJAMIN C. ZIPURSKY, „Corrective Justice in an age of mass torts“, *Philosophy and the law of torts*, GERALD J. POSTEMA (ed.), Cambridge University Press, 2001, pp. 231 e ss., onde sustentam que algumas formas da teoria são compatíveis com a justiça corretiva [note-se que, na argumentação dos autores, não se opta pela consideração da atuação concertada dos agentes, porque os Tribunais estadunidenses continuam a olhar para casos de lesão em massa como situações em que um particular lesante viola a esfera de uma particular vítima. Para tanto, e considerando o problema ao nível dos *evidentary standards*, ou seja, em termos processuais de prova, sustentam a imprescindibilidade de se admitir a possibilidade dos demandados, individualmente, virem ilidir a presunção que sobre eles recai, pela prova de que o dano concretamente experimentado não se deveu ao seu comportamento ou, no caso, ao produto por si fabricado ou colocado no mercado. Afastam-se, assim, na explicitação de certos precedentes jurisdicionais, claramente da consideração economicista de uma doutrina do *market-share liability*, que mais não faria do que operar a substituição da responsabilidade civil por um mecanismo de administração de custos de danos. Para uma análise dos dois precedentes postos em confronto, vide p. 215: *Sindell v. Abbott Laboratories* (no qual se considera que, num caso em que há uma multiplicidade de lesados por as suas mães terem consumido um medicamento que, já em idade adulta, veio a provocar às filhas um cancro nos ovários, tendo aquele sido produzido por uma multiplicidade de laboratórios, sem que seja possível identificar o produtor concreto daquele que foi pela progenitora da demandante utilizado, os fabricantes que sejam localizados devem ser responsabilizados na proporção da sua quota de mercado, permitindo, não obstante, que qualquer um deles obste ao pagamento da indemnização através da prova de que a droga por si introduzida no mercado não podia ter causado aquela lesão) e *Hymowitz v. Eli Lilly, Co.* (no qual, numa situação análoga, se dispensou o requisito da causalidade e não se admitiu a defesa anteriormente referida).

Veja-se, ainda, a este propósito, COLEMAN, *Risks and Wrongs*, Cambridge

da causalidade não tem de se estribar necessariamente em referentes economicistas de maximização do bem-estar social. Se eles animam a discussão a que se assiste em torno de posições como a referida, nem sempre os termos apresentam uma conexão de fungibilidade. Tanto mais que podem ser preocupações atinentes ao justo, em face da prova diabólica com que partes e decidente se confrontam quando têm de lidar com o tema, que instam ao seu desenvolvimento¹⁵.

University Press, Cambridge, 1992, pp. 402-404, questionando se é possível compatibilizar a justiça corretiva com um sistema delitual não assente na responsabilização do causador do dano, mas na imputação àqueles que atuaram de forma culposa, de acordo com a sua posição no mercado. Para uma crítica ao modelo cogitado por COLEMAN, cf. novamente RIPSTEIN/ZIPURSKY, *op. cit.*, p. 228, salientando que pelo mesmo corremos o risco de chegar a um esquema administrativo que junte todas as pessoas que atuaram negligentemente num *affault pool*. Refira-se, ademais, que Coleman (*op. cit.*, p. 405-406) considera contraditório que o risco não seja visto como um dano e que depois se viabilize a indemnização com fundamento na criação dele, pelo que a responsabilidade sem prova da causalidade individual seria vista como algo separado da justiça corretiva, aproximando-se de um sistema de *social insurance* ou um sistema alternativo de compensação.

Também WRIGHT, "Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush for Clarifying the Concepts", *Iowa Law Review*, 73, 1987-1988, pp. 1001 e ss, p. 1073, por referência ao caso *Sindell v. Abbott Laboratories*, dá conta que, se cada lesante for responsável pela sua quota de exposição ao risco, não existe nenhum conflito com a justiça corretiva, impondo-se, para tanto, a prova de que cada lesante cria uma exposição ao risco que conduz ao dano; e GLEN O. ROBINSON, "Multiple causation in tort law: reflections on the DES cases", *Vanderbilt Law Review*, 68, 1982, p. 713 e ss., p. 739, considera que a justificação da *market-share liability theory* com base numa ideia de *justice* apenas requer que o lesante responsável seja um dos que criou o *risk of injury*

¹⁵ Cf. DONALD G. GIFFORD, "The death of causation: mass products torts' incomplete incorporation of social welfare principles", p. 4 e ss. [mostra-se crítico da posição sufragadora do abandono do requisito causal, contando que o juízo a proferir pelo decidente tenha de se compatibilizar com os dados normativos consagrados intrassistematicamente – cf. p. 2. Note-se que a linha de fronteira entre os autores que, debruçando-se sobre a causalidade, defendem a eliminação ou enfraquecimento do requisito e aqueles que defendem a manutenção do *status quo* é traçada por GIFFORD com base na assunção de uma finalidade instrumental

É certo que essa parece ser a nota dominante da doutrina da *market-share liability*. Sob essa ótica, torna-se inviável aceitar a proposta, já que, no plano da fundamentação da normatividade, contende com a intencionalidade predicativa da juridicidade.

Mas, porque o entendimento que sobre a teoria se derama não é unívoco, teremos de indagar até que ponto, se despidas das notas eficientistas com que pode vir contaminada, ela pode ser aceite. Até onde é viável olhar para a *market-share liability* (e para outras doutrinas que surgem paredes-meias com este critério) de um prisma não economicamente cunhado, salvaguardando assim a intencionalidade especificamente jurídica que deve colorir qualquer arrimo jurídico?

Somos, portanto, confrontados com um binómio discursivo: ou o critério é entendido do ponto de vista eficientista e, em harmonia com o que ficou dito, fica arredado do nosso horizonte discursivo; ou é cogitado à luz da pressuposição da juridicidade e haverá que tentar perceber se é ou não defensável.

Antes de avançarmos, sublinhe-se, no entanto, um dado: apesar da designação da teoria ser idêntica, não será exatamente o mesmo critério aquele com que se lidará já que a racionalidade com que vai pensada a solução para o problema do *quid iuris* não deixa intocável a conformação dela.

ou de uma justiça de tipo corretivo, respetivamente. Tal percebe-se, posto podem-se basear os primeiros na mobilização de um modelo análogo aos sistemas securitários – cf. p. 8. Sobre o ponto e também do autor, cf. "The challenge to the individual causation requirement in mass products torts".]

4. As linhas de continuidade entre a *market-share liability* e a causalidade alternativa

Se despirmos a doutrina da *market-share liability* dos contornos economicistas com que por vezes (ou a maioria das vezes) surge contaminada, concluiremos que ela não pode ser chamada a resolver problemas de causalidade alternativa incerta, ou seja, situações em que o dano-lesão foi gerado por uma única causa, mas, em face da confluência de múltiplos processos causais, não se consegue determinar qual deles foi a real causa do referido dano.

Não se estranha, por isso, que além-fronteiras vários tenham sido os autores que ensaiaram uma possível compatibilização entre as duas doutrinas. Pensamos, entre outros, nos nomes de Theo Bodewig, Adam Fletcher, Gert Brüggemeier e Geistfeld¹⁶.

¹⁶ Sobre o ponto, veja-se, ainda, STASIS BANAKAS, "European Tort Law: is it possible?", *European Review of Private Law*, 3, 2002, pp. 363-375, em especial p. 372, considerando que se trata de "uma forma de responsabilidade sem causalidade. Desenvolvida no direito delitual norte-americano (...), a mais comum aplicação do conceito prende-se com a necessidade de impor a responsabilidade coletiva dos produtores, mesmo se os lesados se mostrarem incapazes de identificar que empresa vendeu o produto defeituoso". De acordo com o exemplo do autor, responsabiliza-se o produtor mesmo depois de ele provar que não podia ter causado o dano, porque a indemnização "é devida de acordo com a proporção da quota de mercado e não em proporção ao grau de culpa". No entanto, como adverte Banakas, alguns autores procuram "explicar a responsabilidade com base na teoria do *market-share* de acordo com as teorias da causalidade alternativa". Note-se que esta não seria a única via interpretativa para a solução cogitada pela jurisprudência americana. Cf. p. 373, onde o autor atesta que a mesma pode ser vista como fazendo parte de um princípio mais amplo – *enterprise liability* – que

Theo Bodewig¹⁷ questiona, no quadro da problematização da possível aplicação do § 830 I/2 BGB aos casos DES, como deve operar-se a compensação dos responsáveis no âmbito das relações internas, e afirma que, como a causalidade é incerta e a *Verursachung* através de cada participante também, o grau de causalidade não pode ser avaliado, tendo de encontrar-se um ponto de apoio para a repartição da indemnização entre os responsáveis. Ora, se para estabelecer a responsabilidade é substituída a causalidade provada (*nachgewiesene Verursachung/ tatsächliche Kausalität*) pela causalidade possível (*Möglichkeit der Kausalität*), o critério de repartição há-de encontrar-se no grau de possibilidade de causação (*der Grad der Möglichkeit der Verursachung*). Daí que, segundo Bodewig, o grau de probabilidade (*der Grad der Wahrscheinlichkeit*) de causação do dano por parte de um dos participantes ofereça a chave da solução. No quadro da responsabilidade pelo risco, sendo o fundamento o perigo para os bens jurídicos, devemos lançar mão do grau de perigo e portanto da probabilidade com que tal perigo se realizaria no caso concreto. Segundo o autor germânico, esta probabilidade poderia corresponder, nos casos DES, à quota de mercado que cada fabricante ocupa,

garanta a *accountability* de todas as empresas, como instituições, negócios, organizações e simples empregadores pelas lesões causadas pelos seus trabalhadores, no contexto das actividades ligadas aos interesses da empresa. Sobre esta, veja-se, também, MEREDITH DEARBORN, "Enterprise Liability: reviewing and revitalizing liability for corporate groups", *California Law Review*, vol. 97, pp. 195 e ss., considerando que a doutrina da *enterprise liability*, atualizando a posição de Adolf Berte, impõe "a responsabilidade solidária a *corporate groups* no contexto dos *mass torts*, da violação de direitos humanos e dos danos ao ambiente.

¹⁷ THEO BODEWIG, "Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden", *Archiv für die civilistische Praxis*, 185, Heft 6, 1985, pp. 505 e ss.

embora não tenha de ser necessariamente assim¹⁸. Os casos do tipo DES são caracterizados, estruturalmente, por existir um grande número de lesados diante de muitos potenciais lesantes. Cada um atuou independentemente dos restantes ou omitiu um ato, e quer a ação, quer a omissão mostram-se, em geral, aptas a causar o dano a cada um dos lesados. Simplesmente, o lesado não consegue provar a concreta causalidade do ato do individual potencial lesante, o que conduziria, na pureza das soluções, ao não ressarcimento do lesado. Falhando a prova da causalidade fundamentadora da responsabilidade, há que analisar as potencialidades que o § 830 I/2 BGB encerra no tocante ao tratamento de hipóteses como esta.

Considera o autor que a constelação de alguns destes casos corresponde ao clássico problema da autoria alternativa incerta: todos os produtores, do prisma da objetiva aptidão para a causação do dano, colocaram no mercado produtos iguais, pelo que um deles (e portanto um dos produtores) será causa do dano, estando afastadas outras causas. Se nenhuma objeção se levanta, hodiernamente, à aplicação analógica do preceito aos casos de responsabilidade objetiva¹⁹, o certo é que Bodewig se mostra cético no tocante à utilidade da convocação da solução plasmada pelo § 830 I/2BGB para fazer face aos problemas suscitados pelos casos DES. Na verdade, todos aqueles que respondem afirmativamente a esta dúvida, e assim legitimam a extensão analógica do preceito, advertem que o

¹⁸ Cf. THEO BODEWIG, "Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden", p. 553, onde o autor, tratando da *Verursachungswahrscheinlichkeiten*, distingue a probabilidade da causalidade da causalidade segundo a quota de mercado.

¹⁹ Cf. THEO BODEWIG, "Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden", pp. 516-517 e nota 53.



jurista se há-de ater a uma certa configuração dos factos: o lesado tomou medicamentos de diferentes produtores; todos eles se mostram adequados a causar o dano e não se consegue discernir e provar a real causalidade de um dos medicamentos isolados ou de um conjunto de medicamentos. A responsabilidade segundo o § 830 I/2 BGB fica limitada por esta intencionalidade problemática, o que implica que só seja viável obter por essa via o ressarcimento quando se prove o consumo do produto daquele fabricante. Ora, face à dificuldade probatória típica dos casos DES, o § em questão parece não adiantar muito, perdendo por isso o seu efeito útil. Se no caso da responsabilidade por culpa o lesado tem de provar a possibilidade de uma relação causal, aqui, estando em apreço a responsabilidade pelo risco, exige-se a prova de que o perigo abstrato se concretizou²⁰.

Por seu turno, Adam Fletcher²¹, confrontado com as situações de indeterminação causal – mais propriamente do lado do lesante –, articula também as duas teorias que os tribunais forjaram para fazer face ao problema e às quais temos vindo a fazer referência: *alternative liability* e *market-share liability*. Mais especificamente, procura mostrar que a *alternative liability* não é revolucionária e se pode explicar por uma “cuidadosa aplicação dos tradicionais princípios da responsabilidade civil”. Porém, adverte que este resultado fica dependente “do reconhecimento da distinção entre a lesão originalmente sofrida pelo lesado e a lesão secundária que a *alternative liability* permite ressarcir”, ou seja, a perda do remédio ressarcitório. Esta posição – a fazer

²⁰ Cf. THEO BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden”, pp. 521.

²¹ Cf. ADAM FLETCHER, “Alternative liability and deprivation of remedy: teaching old tort law new tricks”, *Cleveland State Law Review*, vol. 56, pp. 1029 e ss.

rememorar a lição dos *evidential damages*, protagonizada por Alex Stein e Ariel Porat – vai permitir-lhe não só eliminar algumas das limitações à teoria, como tornar desnecessária a sua conversão na *market-share liability*. Em causa a dificuldade já nossa conhecida de identificação do lesante quando há uma confluência de condutas lesivas e se conclui que qualquer uma delas, sozinha, teria produzido o mesmo dano. Se cada uma era suficiente, mas não necessária para a emergência do resultado danoso, a resposta a esta anomalia foi encontrada pela introdução de uma exceção ao *but-for test* e a sua substituição pela ideia de *substantial factor*, que se liga ao nome de Jane Stapleton. O problema, ou a solução dele, não haveria de ficar por aqui. No também conhecido caso *Summer v. Tice* (caso dos caçadores), o tribunal procurou saber se era aplicável a doutrina da *concert of action*²². Mas a jurisprudência norte-americana haveria de desenvolver a teoria da responsabilidade alternativa, a viabilizar a inversão do ónus da prova em casos de indeterminação dos lesantes. Estes presumir-se-iam, assim, responsáveis até que conseguissem ilidir a presunção. Segundo

²² Cf. ADAM FLETCHER, "Alternative liability and deprivation of remedy: teaching old tort law new tricks", p. 1033 e *Restatement (Second) of Torts* § 876, 1979, pelo qual se pode concluir que se é responsável quando se pratica um ato ilícito concertadamente com outro e prosseguindo um objetivo comum; quando se sabe que a conduta do outro constitui a violação de um dever e, ainda assim, se dá assistência ou se encoraja o agente; quando se assiste o outro no desenvolvimento de um resultado lesivo e a própria conduta do cúmplice, isoladamente considerada, consubstancia a violação de um dever para com a terceira pessoa, *apud op. cit., loc. cit.* Veja-se, também, p. 1037, onde se apresentam os argumentos justificadores da recusa anunciada – "não havia acordo entre os lesantes para cometer o ato ilícito. Os lesantes atuaram de modo paralelo, mas independente e a composição da droga foi ditada por uma fórmula científica e não por um entendimento entre os lesantes.



explica o autor²³, “o Supremo Tribunal da Califórnia expandiu a doutrina em *Sindell v. Abbott Laboratories*. Mais uma vez se enfrentava um problema de indeterminação: *Sindell* sofria de cancro como resultado do facto de a sua mãe ter usado a droga *diethylstilbestrol* (DES) durante a gravidez. Foram nomeados onze fabricantes de DES. Mas *Sindell* não conseguia identificar o fabricante de DES que foi tomado pela sua mãe, em virtude da natureza da droga e das circunstâncias que envolviam a sua distribuição. O Supremo Tribunal considerou inaplicáveis muitas teorias de responsabilidade coletiva, incluindo a responsabilidade alternativa do precedente *Summer*”. Optou, ao invés, por aplicar uma nova variante da *alternative liability*, que ficaria conhecida por *market-share liability*. No fundo, a responsabilidade de cada um fica limitada à proporção da sua quota no mercado DES e, portanto, a aplicação da doutrina torna-se dependente da existência de um *substantial share of the market*. Esta evolução da teoria da responsabilidade alternativa fica a dever-se à impossibilidade de se dar cumprimento, em face do circunstancialismo de facto, à intencionalidade que, segundo alguns autores, lhe preside. Na verdade, diz-nos Fletcher que “a responsabilidade alternativa não pode ser aqui aplicada. O número de potenciais lesantes foi a razão determinante da recusa. É que no precedente *Summer* só havia dois lesantes, pelo que havia 50% de probabilidades de um deles ter causado o dano. Em *Sindell*, como há muitos fabricantes, a probabilidade de cada um ser o responsável é tão pequena que não seria justo inverter o ónus da prova”²⁴.

²³ Cf. ADAM FLETCHER, “Alternative liability and deprivation of remedy: teaching old tort law new tricks”, p. 1036.

²⁴ Cf. ADAM FLETCHER, “Alternative liability and deprivation of remedy: teaching old tort law new tricks”, p. 1038

Dito isto, somos convidados pelo autor a olhar para os diversos prismas sob os quais se pode captar a realidade que é a responsabilidade alternativa e a teoria da responsabilidade segundo as quotas de mercado. Há, desde logo, uma perspectiva que podemos cunhar de processualista – em causa estaria uma mera alteração das regras probatórias, a ditar um afrouxamento das exigências que, em regra, impendem sobre o lesado. Numa outra visão, determinar-se-ia, com esta jurisprudência, o abandono da condicionalidade *sine qua non*, assente no teste do *but-for*, para se abraçar “uma responsabilidade baseada unicamente na criação de um risco não razoável”²⁵. Qualquer destas perspectivas é recusada por Fletcher. A primeira não explica por que razão não se inverte o ónus da prova em todos os casos de incerteza causal; a segunda deixa no ar uma dúvida semelhante, ao não tornar explícito por que razão a responsabilidade se alicerça no risco nos casos de indeterminação do lesante e não em outros, sendo certo que, “se elevarmos a simples criação do risco a categoria central da responsabilidade civil, estamos a transformar o sistema num esquema de segurança social”²⁶.

Segundo Fletcher, deve partir-se do princípio de que a conduta dos lesantes cria um *bundle of risks* para o lesado, que, assim, sofre duas lesões distintas: a) *primary injury*, resultado da conduta ilícita e b) *secondary injury*, a traduzir-se na perda de remédio para a primeira lesão, tendo em atenção a incapacidade para demonstrar a causalidade de facto. O *loss of*

²⁵ Cf. ADAM FLETCHER, “Alternative liability and deprivation of remedy: teaching old tort law new tricks”, p. 1040.

²⁶ Cf. ADAM FLETCHER, “Alternative liability and deprivation of remedy: teaching old tort law new tricks”, p. 1041.



remedy é visto como uma *secondary injury*. Ora, “uma vez que isto aconteça, a *alternative liability* pode ser conceptualizada sem recurso a novas teorias da responsabilidade para a lesão primária. Para ser compatível com a tradicional *tort law*, o risco da segunda lesão tem de ser previsível, pois de outro modo os lesantes não teriam nenhum dever contra ela”, ou seja, “tem de existir um risco previsível de um potencial lesado se mostrar incapaz de determinar o lesante responsável”, o que acontece em todos os casos em que é aplicada a *alternative liability*”. No fundo, esta impõe “um dever de prevenir condutas lesivas que possam impedir a pessoa lesada por tal conduta de determinar a identidade do responsável”²⁷. Ora, se cada lesante tem o dever de se abster de condutas que previsivelmente, quando combinadas com a conduta de outros, “ofusquem a determinação da *cause-in-fact*”, cada lesante viola o seu dever “e as condutas dos lesantes combinaram-se para gerar o *loss of remedy*”. Estes lesantes são agrupados porque eles, efetivamente, apenas geram uma única lesão. Daí que “o lesante não possa exonerar-se ao invocar a probabilidade estatística de outro lesante também poder ser causa da lesão primária”²⁸.

Continuando a acompanhar os ensinamentos do autor, “no que respeita à lesão secundária, se há apenas dois lesantes, então ambos são causas necessárias do *loss of remedy*” e a “nenhum será permitido escapar da responsabilidade porque a conduta do outro foi também necessária”. Se há três ou mais lesantes, “então o resultado é um caso de *multiple suffi-*

²⁷ Cf. ADAM FLETCHER, “Alternative liability and deprivation of remedy: teaching old tort law new tricks”, p. 1052.

²⁸ Cf. ADAM FLETCHER, “Alternative liability and deprivation of remedy: teaching old tort law new tricks”, p. 1053.

cient causation e a um lesante não será permitido invocar a suficiência dos outros para escapar à responsabilidade”²⁹. Nesta medida, a disciplina não terá aplicação quando a incerteza envolve apenas um lesante³⁰ e a solidariedade “parece ser a solução mais adequada. Cada lesante é igualmente responsável pelo *loss of remedy* da primeira lesão e, como o *loss of remedy* é um dano singular e indivisível, cada um é responsável pelo dano total”, mostrando-se assim como a *market-share liability* é desnecessária enquanto modificação da *alternative liability*³¹.

Outro dos autores mencionados, Gert Brüggemeier³², considera que, no quadro da responsabilidade do produtor, a causalidade pode ser hoje vista como uma forma modificada de responsabilidade do mercado (*Markhaftung*)³³. E Geistfeld sustenta que a *market-share liability* é apenas uma forma modificada da *alternative liability*, que visa repartir a responsabilidade de um modo justo entre os lesantes³⁴. O autor lança

²⁹ Cf. ADAM FLETCHER, “Alternative liability and deprivation of remedy: teaching old tort law new tricks”, p. 1053.

³⁰ Cf. ADAM FLETCHER, “Alternative liability and deprivation of remedy: teaching old tort law new tricks”, p. 1054

³¹ Em sentido contrário, cf. A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, *University of Pennsylvania Law Review*, nº155, p. 460 e ss

³² Cf. GERT BRÜGGEMEIER *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, p. 185

³³ Veja-se, ainda, numa referência a uma forma especial de responsabilidade por causalidade alternativa, no âmbito da responsabilidade do mercado por produção em massa, GERT BRÜGGEMEIER *Haftungsrecht*, pp. 190 e ss. e p. 188 (para distinguir os clássicos casos de responsabilidade alternativa daqueles outros em que existe também a incerteza de qual das partes cometeu a falta, de que seria exemplo a responsabilidade do produtor).

³⁴ A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, pp. 452 e ss.



mão do conceito de *evidential grouping* que se justifica em casos de causalidade múltipla suficiente porque a normal prova comportaria a exclusão da responsabilidade de todos. Assume-se, por isso, como causa da lesão a conduta do grupo em que todos os lesantes se agregam. A solução deve, para Geistfeld, ser aplicada analogicamente nas situações de indeterminação do lesante. Acompanhando mais detidamente os ensinamentos do autor, importa sublinhar que Geistfeld distingue a *liability grouping* (onde integra hipóteses como a da responsabilidade pela conduta alheia, a instigação, a cumplicidade ou a *vicarious liability*) das situações de *grouping for evidentiary purposes*, isto é, da *evidential grouping*, onde ninguém é considerado responsável pela conduta de outro lesante. Chamando à colação o precedente *Summers*, diz-nos que um caçador não é responsável pelo comportamento de outro caçador, pois, se assim fosse, ter-se-ia de falar de *concert of action*, a justificar a *liability grouping*, mas, não obstante, pode haver fundamento para agrupar as suas condutas por questões de prova. Assim, para ser razoável, o *evidential grouping* deve “combater uma injustiça que seria criada pela normal regra de repartição do ónus da prova”. As regras que o disciplinam, procurando a alocação da incerteza factual, devem orientar-se pela ideia de atribuição do mesmo peso ao interesse do lesado e do lesante³⁵. Nessa medida, o *evidential grouping* pode justificar-se pela necessidade de evitar a injustiça a que a prova da causalidade pelo *but-for test* conduziria. Há, para o jurista que agora acompanhamos, um paralelo entre o caso dos caçadores (tornado famoso pelo

³⁵ A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, pp. 460/1.

precedente *Summers*) e os casos DES, já que eles colocam os mesmos problemas em relação à prova. Para estabelecer a *alternative liability*, o lesado deve juntar todos os potenciais lesantes; só que este requisito não se consegue estabelecer em determinadas situações, como as dos danos em massa, atento que seja o número de produtores, a natureza fluída do mercado e a passagem do tempo. Esta exigência resulta, ademais, do facto de o grupo ser definido em termos puramente causais: “cada contribuição dos lesantes para o risco total de dano criada pelo grupo define a extensão da sua responsabilidade para a conduta daquele grupo. Por isso, o Tribunal pode limitar a responsabilidade de cada lesante à probabilidade de a sua conduta ter, de facto, lesado a vítima”. Nesta medida, a doutrina da *market-share liability* funda-se numa “extensão da doutrina *Summers*”, traduzindo uma “modificação da *alternative liability* de modo a evitar problemas de responsabilidade excessiva”. Porque o lesado não consegue agregar todos os potenciais lesantes como requer a *alternative liability*, ele há-de juntar a *substantial share* do mercado, de modo a estabelecer a *market-share liability*. Enquanto aquela faria os lesantes solidariamente responsáveis entre si, esta última tornaria os lesantes responsáveis de acordo com a sua quota do mercado³⁶. O autor chama-nos, ainda, a atenção para a não uniformidade de formulações do critério em apreço. Assim, o Tribunal de Recurso de Nova Iorque, no caso *Hymowitz v. Eli Lilly & Co.*, usa o *national market* para repartir a responsabilidade baseada no aumento do risco que cada lesante criou para o público em geral; e o

³⁶ A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, pp. 479.



Supremo Tribunal de Wisconsin, no caso *Collins v. Eli Lilly & Co.*, considera que o lesado pode obter o ressarcimento da totalidade dos danos de um só produtor no mercado nacional, apesar de o lesante poder afastar a responsabilidade se provar, pela preponderância de provas, que o DES que produziu não pode ter afetado a mãe do lesado³⁷. Geistfeld ensina-nos, ainda, que “tanto quanto a conduta de cada lesante possa ter causado o dano do lesante, qualquer aplicação da *but-for rule* a cada sujeito individual irá absolver todos eles da responsabilidade em contravenção com a prova do lesado de que alguém no grupo causou o dano, então a responsabilidade pode basear-se no *evidential grouping*”, sendo o momento da conduta irrelevante e a simultaneidade um requisito “desnecessário e insuportável”. No que concerne ao número de lesantes, ensina-nos Geistfeld que o requisito também não deve ser exigido: “em casos que envolvem um grande número de lesantes, estes terão criado apenas um pequeno risco de lesão para a vítima. A noção de *evidential grouping* trata estas situações de uma forma justa”, limitando a responsabilidade pela contribuição para o total do risco criado pelo grupo de lesantes³⁸. Por fim, a ideia de proximidade deve ser equacionada: “para ser indemnizada por um particular lesante no quadro da responsabilidade alternativa, a vítima deve provar que a conduta do lesante pode ter causado o dano. Muitas vezes fala-se de uma conexão próxima entre o risco criado e o sofrido pelo lesado. À medida que a *alternative liability* se torna mais ténue, mesmo quando a conduta se

³⁷ Verdadeiramente, neste último caso, estaríamos diante de uma possível aplicação da teoria da causalidade alternativa incerta.

³⁸ A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, pp. 487 e ss.

mantém como possível causa do dano, os tribunais costumam rejeitar a invocação da *alternative liability*. (...) Quando o requisito da proximidade não está satisfeito, a prova do lesado não é mais do que uma *naked statistic* ou uma mera probabilidade de que, sob determinadas circunstâncias, o lesante pode ter causado o dano”, ou seja, a prova que costuma ser rejeitada pelos tribunais³⁹. Geistfeld continua a sua explicação, dizendo que “a possibilidade nada diz acerca do que aconteceu na situação concreta. No caso do amianto, por exemplo, o lesado deve identificar os produtores dos abestos aos quais efetivamente esteve exposta”, porque só isso mostra que “os produtores nomeados realmente impuseram um risco que pode ter causado a lesão”⁴⁰. Mas, “o pequeno grupo vai depender da natureza da conduta dos lesantes. Nos casos DES, o lesado não tem de identificar o produtor do específico produto a que esteve diretamente exposto”, já que “a venda de DES no mercado relevante constitui uma *sufficiently close connection*” entre a lesão e a conduta⁴¹. Já seria diferente nos casos de contaminação por amianto, porque, “nestes, a incerteza factual não é o resultado da conduta dos lesantes”, uma vez que, “ao tempo da exposição ao risco, cada produtor de amianto não estava a atuar de uma maneira indistinta. Cada um vendeu produtos diferentes, a envolver riscos substancialmente distintos” e a “dificuldade de prova no futuro resulta não da conduta dos lesan-

³⁹ A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, pp. 487 e ss.

⁴⁰ A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, pp. 488

⁴¹ A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, pp. 489



tes, mas da passagem do tempo". Não se exige, contudo, que as condutas sejam fungíveis ou substancialmente similares, pelo que ao *evidential grouping* pode ser submetido um caso como aquele em que A é contaminado com o vírus do HIV, depois de ter tido relações sexuais desprotegidas com B e depois de ter recebido sangue contaminado⁴²⁻⁴³.

O posicionamento do autor não é aceite sem resistência pelos autores. Zipursky, a este propósito, mostra-se muito cético em relação à amplitude do *evidential principle*. Na verdade, se um lesado prova que cada lesante pode ter causado o dano, um ou mais lesantes causaram de facto o dano e cada lesante seria responsável por ter realmente causado o dano, então, nenhum lesante pode evitar a responsabilidade, invocando a conduta dos restantes, porque isso implicaria que nenhum seria responsável. A causalidade é provada em relação ao grupo de lesantes. Atendendo à formulação, Zipursky oferece-nos um exemplo ilustrativo das suas preocupações: entre as 11:00 e as 11:15 do dia 22 de Julho, A estava a trabalhar na construção de uma passagem aérea junto da entrada de uma ponte. Os sinais de trânsito indicavam que deveria haver uma redução da velocidade, mas todos os carros circulavam a 50-60 km/h. A precisava de atravessar para o outro lado na zona de construção e esperou que outro trabalhador indicasse a paragem com um sinal stop. Um carro preto quase lhe embateu. Com isso, ele caiu, feriu-se na cara e partiu inúmeros dentes. Usando as câmaras de

⁴² A. GEISTFELD, "The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability", pp. 492.

⁴³ Para uma crítica da posição de Geistfeld, cf. BENJAMIN C. ZIPURSKY, "Evidence, unfairness and market-share liability: a comment on Geistfeld", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 156, pp. 126 e ss.

segurança, A conseguiu, através dos seus advogados, identificar quatro carros pretos que ali passaram no momento em que A foi ferido em excesso de velocidade. Ele pode provar que cada um destes condutores é responsável pelo *tortious risk* que pode ter gerado o dano, mas não pode provar qual deles causou, de facto, a lesão. Para Geistfeld, neste caso, os quatro condutores são solidariamente responsáveis; mas já não o são para Zipursky, que entende não haver aqui qualquer responsabilidade⁴⁴.

Independentemente destes posicionamentos, continua a ser controversa a questão relativa à compatibilidade da doutrina da *market-share liability* com a ideia de causalidade, ou, mais especificamente, com a ideia de desvalor do resultado que, convidando à ponderação da ligação entre a conduta e um determinado evento lesivo, nos afasta da responsabilidade exclusivamente assente no risco.

Duas posições surgem, de facto, a este ensejo. Se, de outro lado, encontramos os autores que advogam uma linha de continuidade entre a doutrina em causa e os tradicionais princípios da responsabilidade civil, incluindo a causalidade⁴⁵,

⁴⁴ Falando de um estado de necessidade de prova (*Beweisnotstand*), cf. THEO BODEWIG, "Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden", pp. 511 e ss.

⁴⁵ Nesse sentido, vide MARK A. GEISTFELD, "The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability", pp. 447 e ss., que, lançando mão do conceito de *evidential grouping*, vem mostrar que a *market-share liability doctrine* resulta da *alternative liability* "de um modo que não redefine o *tort right*, nem se afasta dos princípios da causalidade. Veja-se, ainda, p. 452, onde o autor aduz que "os tribunais que adotaram a regra da *market-share liability* não acreditam que ela se afaste do princípio fundamental da causalidade", e p. 484, onde são avançadas outras justificações racionais para a doutrina: a) concede compensação pela exposição ilícita ao risco, condicionada pela ocorrência da lesão; b) está em causa a violação do direito à compensação. Entre nós, distinguindo as doutrinas da causalidade alternativa e do *market-share liability*, cf. DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos*, p. 204.



de outro lado, somos confrontados com autores que advogam a aproximação a uma ideia de *risk based conception*⁴⁶.

Por isso, rejeitada que está a doutrina da *market-share liability* quando assumida do ponto de vista tecnocrático, importa agora tecer algumas considerações acerca desta eventual continuidade entre ela e a causalidade alternativa incerta.

5. A recusa da *market-share liability*

Na problematicidade que encerram, as duas situações não deixam de apresentar traços de analogia bastante: em causa está a incerteza acerca da autoria do dano e a impossibilidade fáctica de se reconstituir o *iter* que conduziu à lesão. Na verdade, sendo os produtos colocados no mercado por mais do que um produtor e sendo fungíveis, torna-se inviável saber quem foi o produtor do bem que causou a lesão, se ela decorre após o consumo de bens de mais do que um produtor. Esta irreduzível incerteza também existe no quadro da causalidade alternativa incerta. Contudo, o funcionamento do mercado torna mais complexas as situações de danos em massa: é que, ao contrário do que sucede ao nível das hipóteses de causalidade

⁴⁶ Cf., nesse sentido, GLEN O. ROBINSON, "Multiple causation in tort law: reflections on the DES cases", pp. 749 e ss. (olhando para o caso *Sindell v. Abbott* e sustentando que a responsabilidade se funda, ali, na criação de um risco e é repartida de acordo com a gravidade dele); JOSEPH H. KING JR., "Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts involving preexisting conditions and future consequences", *Yale Law Journal*, nº90, 1981, pp. 1353 e ss., aqui p. 1381 (relacionando a doutrina da *market-share liability* com o conceito de chance); RICHARD W. WRIGHT, "Causation in tort law", *California Law Review*, nº73, 1985, pp. 1735 e ss., aqui pp. 1819 e ss. (falando, a propósito do precedente *Sindell*, de uma nova lesão: *tortious exposure to a risk that possible led to a subsequent injury*).

alternativa incerta, não conseguimos, as mais das vezes, definir com segurança um círculo limitado de potenciais lesantes.

No fundo, pese embora as linhas de continuidade problemática entre as situações que clamam a resposta da causalidade alternativa e aquelas que reclamam as correções introduzidas pela doutrina da *market-share liability*, as notas de dissemelhança determinam dificuldades acrescidas, que passam nomeadamente pela vastidão de “participantes” que potencialmente podem ter gerado a lesão.

Mas esse acréscimo de complexidade não é suficiente para nos levar a lançar mão da doutrina forjada no ordenamento jurídico estadunidense.

Em primeiro lugar, a solução patenteada pela *market-share liability* quadra mal com as soluções predispostas pelo ordenamento jurídico ao nível delitual. É que, neste âmbito, havendo mais do que um responsável, a responsabilidade que se gera é solidária, não existindo suporte normativo para a imposição de um dever de indemnizar proporcional à quota de mercado de cada um dos produtores. Além disso, a afirmar-se, em casos de incerteza causal, a responsabilidade solidária dos participantes, abre-se a possibilidade de um ou vários produtores virem provar que o seu produto não foi o causador do dano, expediente que perde sentido no âmbito da *market-share liability*.

Em segundo lugar, ainda que – como noutros estudos tivemos oportunidade de explicitar⁴⁷ – aceitemos a solução da

⁴⁷ 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*, Príncipia, 2013, cap. X. e *Responsabilidade civil: novas perspetivas acerca do nexo de causalidade*, Príncipia, 2014



responsabilização dos agentes em caso de causalidade alternativa incerta, a resposta que oferecemos ao problema não se orienta preferencial ou exclusivamente por considerações atinentes à dificuldade probatória, mas resulta do modo como, de um ponto de vista imputacional, compreendemos o requisito dito causal. Pelo que, ainda que recusemos uma solução que não passe pela responsabilização solidária dos intervenientes, a analogia entre as situações em confronto requer mais do que a simples similitude estrutural a que aludimos.

Por último, o apelo aos *evidentiary damages* não encontrar acolhimento no seio do nosso ordenamento jurídico. Se muitas são as razões para afastar o entendimento, uma há que se nos afigura incontornável. Falamos da exigência de desvelação da ilicitude por via da violação de um direito absoluto, descontadas que sejam as hipóteses de preterição de uma disposição legal de proteção de interesses alheios e de abuso do direito. Na verdade, a perda de remédio para a primeira lesão, a traduzir-se numa *secondary injury*, não é apta a alicerçar o ressarcimento.

A questão que resta é, pois, a de saber se por via da causalidade alternativa incerta conseguimos encontrar uma forma de tutela capaz de garantir o interesse dos lesados nas situações de danos em massa.

6. A responsabilidade nos casos de causalidade alternativa incerta

O principal argumento tradicionalmente aduzido no sentido da não responsabilização dos agentes, em casos de irreduzível incerteza, repousa na impossibilidade de prova da condicionalidade *sine qua non*. Havendo duas causas alternativas incertas, cada uma delas pode ser entendida como virtual, em função da incerteza sobre a causa real. Mas, se nos mantivermos presos ao pensamento tradicional, teremos de chegar à conclusão que ele se deixa enredar numa contradição interna. Na verdade, advoga-se usualmente que a causalidade virtual não releva positivamente (não é apta a alicerçar a responsabilidade) e que não releva negativamente. Simplesmente, a sua não relevância negativa teria de ser acompanhada pela sua relevância positiva⁴⁸.

Ora, o que isto nos mostra é que o pensamento tradicional assente na ideia de condicionalidade não é realizável. Se mantivermos a ancoragem da resposta logicista, somos confrontados com o seguinte cenário: não se dá relevância negativa à causalidade hipotética do ponto de vista da fundamentação da responsabilidade, porque se mantém intocável a relação de condicionalidade de facto entre o evento e o dano. Mas então isso significa que, se forem duas as causas hipotéticas, nenhuma conduz à exclusão da responsabilidade do agente da outra. Por outro lado, sendo duas as causas hipotéticas, porque a

⁴⁸ Cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, AAFDUL, Lisboa, 2001, p. 419.

mera hipótese de dano não funda a responsabilidade, nenhum dos agentes será obrigado ao pagamento de uma indemnização, excluindo-se a relevância positiva. Só que, ao excluir-se a relevância positiva, está-se, do mesmo passo, a afirmar a relevância negativa das duas causas hipotéticas, donde os termos lógicos da equação falham necessariamente, quando conjugados. Pelo que ou se insiste na manutenção da pura logicidade e se compromete a justeza material das soluções, ou se abdica dela. E fazendo-o, legitimamos a prescindibilidade da condicionalidade sem a qual a este nível, tornando-a também irrelevante do ponto de vista da causalidade concorrente⁴⁹.

Acresce que a falta de determinismo da realidade impõe que a *conditio sine qua non* se exprima em termos probabilísticos, donde, também na presença de uma só causa, não há evicção de toda a dúvida acerca da autoria da lesão, distinguindo-se as situações por uma questão de grau. Quer isto dizer que, no fundo, não conseguiremos saber com absoluta certeza qual o grau de contribuição causal de uma eventual causa. Mesmo se nos ativermos a uma solução de tipo estatístico, a incerteza não é totalmente apagada. E, no fundo, isto permite-nos recordar o que é ensinado por Bydlinski: também nas situações de causalidade cumulativa responsabilizamos dois sujeitos, sem que se determine, em concreto, aquele grau de contribuição causal, que pode, aliás, ser mínimo. Não estamos,

⁴⁹ Cf. F. BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, F. Enke, Estugarda, 1964, pp. 32, 65-66.

Na verdade, ou consideramos que não estão em apreço causas virtuais, porque a incerteza não permite a qualificação dicotómica entre real e hipotético, ou consideramos, pelo contrário, que essa incerteza não permite a elevação da causa a real. Na primeira hipótese, não há necessariamente uma conexão entre os dois problemas; na segunda opção, ela torna-se evidente.

porém, condenados a esta aporética impositação dos problemas. Na verdade, partimos não da *conditio* mas da edificação de uma esfera de responsabilidade. Se ela se erige polarizada em mais do que um agente, então duas são as vias heurísticamente a considerar: ou uma das esferas consome a outra e só um é responsável; ou nenhuma delas exerce uma força consumtiva sobre a outra, havendo lugar à responsabilidade solidária nos termos do artigo 497º CC. Repare-se: a intencionalidade problemática do preceito assimila perfeitamente a intencionalidade do caso concreto. Quando A e B disparam sobre C, podem não ter causado a morte de C em conjunto, mas, na dúvida, ambos edificaram uma esfera de responsabilidade, por ela sendo chamados à liça. É ela e não a factualidade neutral que é ajuizada pelo direito. Não é, portanto, uma tomada de posição acerca da questão da relevância positiva da causalidade virtual que entra em cena. Em rigor, a dita virtualidade nem chega a ser, aos nossos olhos, tematizada, pois o jurista derrama o seu olhar não sobre factos puros, mas sobre aqueles que consegue inteligir à luz da intencionalidade predicativa da juridicidade. No fundo, ao partirmos de uma dada compreensão da causalidade como imputação, a ser afirmada, em homenagem à personalidade livre e responsável e tendo por base uma conceção de ação ético-axiologicamente densificada, a partir da edificação de uma esfera de risco e do cotejo com outras esferas de risco, estamos em condições de afirmar a solidariedade com base na constatação de mais do que uma esfera de responsabilidade, independentemente da prova da condicionalidade⁵⁰. O artigo 497º CC não exigiria, para a sua

⁵⁰ Para outros desenvolvimentos acerca da nossa conceção imputacio-

aplicação, a verificação de dois nexos causais em termos naturalísticos, mas a presença de dois segmentos imputacionais, até porque a compreensão da regra da solidariedade obrigacional, ademais, acabaria por depor no mesmo sentido. Podem, aliás, detetar-se pontes de comunicação com situações em que é discernível a cumplicidade. Pense-se, por exemplo, no caso em que A e B disparam sobre C dois tiros a partir de armas com o mesmo calibre, só um dos projéteis tendo atingido C. Simplesmente, em vez de estarmos diante de um normal caso de causalidade alternativa incerta, B falha intencionalmente o alvo, de modo a impedir a prova da autoria da lesão e assim obviar a responsabilidade de A. Havendo auxílio material à prática do facto, poder-se-ia aventar a hipótese de cumplicidade, convocadora do artigo 490º CC, sendo em tudo análoga a situação àquela outra em que apenas se deteta a incerteza causal alternativa. A aplicação da norma aos casos de coautoria, instigação ou auxílio à prática do ato ilícito é determinada pelo artigo 490º do mesmo diploma. Para lá da força cogente do direito positivo, temos a justificar a solução o facto de existir uma concertação entre os agentes que determina a existência de um só (e conjunto) comportamento lesivo. Assumindo cada um o seu papel, mas todos sendo determinantes para a emergência do dano, não faria sentido que apenas um pudesse ser obrigado ao pagamento de uma indemnização. Donde, e sem embargo de ulteriores explicitações acerca da solidariedade ao nível da responsabilidade extracontratual, a pluralidade reclamada pelo artigo 497º CC harmoniza-se com a unicidade

nal, cf., uma vez mais, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação e Responsabilidade civil: novas perspectivas em matéria de nexo de causalidade*.

de comportamentos presuposta pelo artigo 490º CC por via da desvelação de plúrimas esferas de responsabilidade, por meio das quais se vai edificar a imputação. Quer isto dizer que aquela norma deve ser interpretada não no sentido de exigir a pluralidade fisicamente comprovada de condutas ilícitas, mas no sentido de impor a existência de mais do que um responsável

Sendo certo que esta não é uma posição unânime na doutrina portuguesa, cremos que é a que melhor corresponde ao sentido do justo. E, curiosamente, parece receber acolhimento recente na jurisprudência. Em dois acórdãos de 2015, os Tribunais portugueses vieram pronunciar-se sobre a questão da causalidade alternativa incerta. Em acórdão datado de 5 de Maio de 2015, o Tribunal da Relação de Coimbra considerou que “provado o facto ilícito – invasão de terreno alheio e corte de árvores propriedade de um terceiro não interveniente no negócio – e o dano – árvores cortadas e destruição de um muro aí existente – e que tais factos ocorreram na sequência de um negócio de venda de árvores que o 1º réu fez ao 2º réu, tendo sido este quem procedeu ao respetivo corte, a falta de prova sobre qual deles se terá enganado na indicação ou perceção da estrema não poderá acarretar a isenção da responsabilidade de ambos os réus”. E mais acrescenta, apelando a uma ideia de esfera de risco para edificar a imputação (que não causalidade) de que se cura, que “encontrando-se em causa a alienação de pinheiros existentes no prédio do 1º réu até à estrema com o prédio confinante do autor, e sendo obrigação do Réu vendedor proceder à identificação precisa dos pinheiro a vender, e ainda que encarregando outem do respetivo corte, se vêm a ser cortadas árvores do prédio vizinho por erro na

identificação das extremas, tal dano situa-se ainda dentro da esfera de risco ou de responsabilidade criada pelo negócio de alienação dos pinheiros", pelo que, conclui, ambos deverão ser responsabilizados nos termos do artigo 497º CC⁵¹.

Também o Supremo Tribunal de Justiça, num acórdão datado de 19 de Maio de 2015, vem admitir a responsabilização solidária no caso de uma participação em rixa da qual resultaram danos, não sendo possível imputá-los à conduta de cada um dos participantes. Embora continue a fazer apelo a uma ideia de *conditio sine qua non*, abre a possibilidade de responsabilização sem que esta seja provada⁵².

7. A ponderação da indemnização dos danos em massa à luz da ideia de causalidade alternativa incerta

O facto de se prescindir da prova da *conditio sine qua non* não faz com que possamos responsabilizar um sujeito tão-só com base na sua conduta. Em alternativa à condicionalidade sem a qual, propomos que o jurista se certifique da incidência do comportamento do lesante no surgimento do evento lesivo. Ou, dito de outro modo, há que provar que a conduta do agente teve um papel na história de surgimento do evento danoso. Em muitos casos, a comprovação a que se alude pode resultar da constatação em concreto da edificação de uma esfera de risco/responsabilidade a partir da preterição de um determina-

⁵¹ <www.dgsi.pt>

⁵² <www.dgsi.pt>

do dever dirigido à não preterição de um direito absoluto que se prova lesado. Noutras situações, as dificuldades adensam-se, ou porque a esfera de risco/responsabilidade é desenhada, *a priori*, pelo legislador, ou porque o dever que se viola é pensado em geral e abstrato, ou porque a estrutura da responsabilidade em causa implica um evento mediador. No quadro da responsabilidade objetiva, não qualificamos o evento lesivo como a simples lesão do direito subjetivo absoluto, tendo de se apresentar o próprio acidente como elemento perturbador que faz atualizar a esfera de responsabilidade previamente assumida. O mesmo poderá ocorrer quando a lesão do direito ou interesse tem de ser mediatizada por um concreto acidente/evento. Dir-se-á, portanto, que o cerne da questão há-de passar pela estrutura da responsabilidade com que se lida.

No caso concreto, estamos no âmbito da responsabilidade do produtor, tradicionalmente entendida como uma hipótese de responsabilidade objetiva. Aquele que coloca um produto em circulação é responsável pelos danos causados pelo defeito deste. Simplesmente, nos termos do artigo 5º/e) DL nº383/89, alterado pelo DL nº131/2001, exclui-se a responsabilidade quando o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detetar a existência do defeito. O dado – que faz muitos autores duvidarem da natureza realmente objetiva da responsabilidade do produtor para afirmarem a sua natureza subjetiva – acaba por não comportar consequências de relevo a este nível: é que, se ele é essencial para fundamentar a responsabilidade do produtor, a estrutura imputacional requer a mediação pelo consumo.

Quer isto dizer que o lesado há-de provar que consumiu o produto defeituoso. Mas não terá de provar que consumiu o produto defeituoso daquele consumidor em concreto, já que a esfera de responsabilidade se edifica com amplitude – a amplitude do mercado –, a partir do momento em que o bem defeituoso é colocado em circulação.

Repare-se, aliás, que o problema da incerteza causal pode resultar do facto de ter consumido produtos fungíveis e defeituosos de mais do que um produtor. Mas pode também resultar do facto de não se conseguir determinar de que produtor proveio o produto que, tendo sido consumido, causou a lesão. Em qualquer dos casos, devemos considerar que os diversos produtores são solidariamente responsáveis. Repare-se, aliás, que, no primeiro caso, a incerteza nem sequer nos permite determinar se estamos diante de um caso de causalidade cumulativa ou alternativa. Já no segundo caso, a causalidade é alternativa e incerta, sem que, verdadeiramente, as duas situações se consigam diferenciar de forma absoluta. Donde a conclusão não pode ser senão a de considerar os diversos produtores responsáveis solidariamente⁵³.

⁵³ CALVÃO DA SILVA, "Causalidade alternativa. L'arrêt Des", *European Review of Private Law*, 2, 1994, p. 465-469. Lida-se aí, e em comentário, com um caso de uma lesão provocada por um produto defeituoso, sem que, pelo imbricamento de relações produtivas, seja possível identificar o produtor específico do bem que causou o dano. Num momento prévio à regulamentação da responsabilidade civil do produtor, porquanto esclarece o autor que o decreto-lei nº383/89, de 6 de Novembro, se não aplica aos danos gerados por produtos postos em circulação antes da sua entrada em vigor, enfrenta-se antes de mais a "*probatio diabólica*" da culpa, para logo em seguida, esclarecida que seja a possibilidade de inversão do ónus que em regra recai sobre o lesado, por se tratar, *in casu*, de bens farmacêuticos, e como tal potencialmente perigosos [cf. p. 466], se debater a questão da causalidade. Sublinha a esse propósito Calvão da Silva a insusceptibilidade de se lançar mão da regra do *market-share liability*, engendrada pelo Supremo

Tribunal da Califórnia no caso *Sindell v. Abbott laboratories*. Mas adianta que, em nome de uma solução que se pretende justa, se deve flexibilizar a prova do requisito, não exigindo certezas, mas satisfazendo-se com a prova da probabilidade razoável de o pretense lesante ser responsável no caso concreto (cf. p. 468). Mais concretamente bastará ao lesado provar que uma qualquer causa, ou melhor um dos comportamentos de um dos produtores, é *conditio sine qua non*. Cada uma dessas condições é presumida como causa adequada do dano ("le dommage est la conséquence normale, typique, probable du DES défectueux" – *op. cit.*, *loc. cit.*), pelo que "o autor da lesão deve ilidir essa presunção, demonstrando circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou irregulares" que tenham influenciado a situação. Determinada a capacidade abstrata, entende-se que o lesado pode utilizá-la para estabelecer a sua presunção, a probabilidade séria que aquele ou aqueles produtores sejam os responsáveis. Mais especificamente, "pode-se mesmo dizer que o agente do dano não é verdadeiramente um desconhecido". Trata-se, segundo parece decorrer dos termos postos em diálogo pelo insigne civilista português, de uma flexibilização substancial e processual animada pela necessidade de protecção reconhecida à vítima inocente diante do(s) produtor(es) anónimos.

Como se vê, a posição do autor dista daquela que firmámos em texto. Refira-se, a este propósito, que a prova da *conditio sine qua non* a que se alude se nos afigura, no entanto, impossível de alcançar, donde, se o resultado prático-normativo é de aplaudir, o *iter* de argumentação percorrido para o fundamentar não nos parece o mais adequado.

○ CONTROLO DO CONTEÚDO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS NO CONTRATO DE SEGURO

Maria Inês de Oliveira Martins ¹

Sumário: O presente artigo debruça-se sobre as questões do controlo de conteúdo das cláusulas contratuais usadas em contratos de seguro. Em particular, aprecia-se a extensão do objecto do controlo, considerando que estão a ele sujeitas as cláusulas que interferem no recorte do risco transferido; e perspectiva-se a incidência do parâmetro de controlo material, atinente à boa fé contratual, questionando por último a pertinência de um relevo autónomo do parâmetro da transparência.

Palavras chave: contrato de seguro, cláusulas contratuais gerais, controlo do conteúdo.

Contents: The present article focuses on questions regarding the control of the fairness of standard contract terms in insurance contracts. It debates which of the clauses should be subject to that control, and concludes that the clauses which shape the insured risk are subject to it. Furthermore, it specifies how the fairness standard should intervene; and, lastly, it questions whether the standard of transparency should play an autonomous role.

Keywords: insurance contract, standard contract terms, fairness control

¹ Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

§ 1. **Introdução. Contrato de seguro, cláusulas contratuais gerais e razões para a sindicância destas.**

Os seguros assentam, em grande medida, na contratação com recurso a clausulados pré-elaborados e apresentados a um número indeterminado de contrapartes para adesão, sem que lhes seja possibilitada, portanto, a influência sobre o conteúdo do contrato²⁻³. Tendencialmente, configuram não só *contratos de adesão*, sendo dotados das características da *pré-disposição*, *unilateralidade* e *rigidez*, como contratos compostos de *verdadeiras cláusulas contratuais gerais*, predispostas pelo segurador para os contratos de uma determinada categoria – dotadas de *generalidade* – que venha a celebrar e em

² Além das abreviaturas em uso corrente, serão usados especialmente os seguintes modos de abreviar: *ccg*, cláusula(s) contratual(ais) geral(ais); *Directiva*, Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores; *RJCCG*: Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro; *RJCS*: Regime Jurídico do Contrato de Seguro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril.

³ Assim, PROJECT GROUP RESTATEMENT OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW, *Principles of european insurance contract law*, Sellier, Munique, 2015 (no prelo; consultado em provas para publicação), p. 142 (C3), salientando exactamente que geralmente o tomador não tem possibilidade de influenciar os clausulados porque estes se encontram previamente redigidos pelo segurador. Na doutrina nacional, acentuando a articulação íntima entre oferta de serviços financeiros e contratação com recurso a *ccg*, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, bolsa e seguros, Direito europeu e português, Tomo I – Parte geral*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 175-176.



vista de um *número indeterminado de contratantes*⁴. Se se lembrar que as cláusulas não deixam de ser ccg se o poder de determinação da contraparte se *limita à escolha de entre uma paleta pré-definida de clausulados*, predispostos para uma generalidade de negócios, ter-se-á uma noção mais clara ainda da extensão do fenómeno em sede seguradora⁵. Por ser através de ccg que tipicamente os contratos de seguros se exprimem enquanto contratos de adesão, reportar-nos-emos, simplesmente, àquele tipo de cláusulas⁶.

A técnica da mutualização dos riscos não é sequer pensável sem a standardização dos clausulados a apresentar a todos os segurados que se acercem para cobrir riscos com certas características. E, mesmo em seguros que transcendam aquela técnica⁷, o interesse do segurador em delimitar o risco que acolhe na sua esfera determina a pré-elaboração do con-

⁴ Para a distinção dos conceitos de contrato de adesão e de cláusula contratual geral e sua caracterização, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "O novo regime jurídico dos contratos de adesão/ cláusulas contratuais gerais", ROA 1 (2002), ponto 3.

⁵ Tão-pouco neste caso o aderente tem a possibilidade de influenciar a formulação ou conteúdo dos termos (PROJECT GROUP RESTATEMENT OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW, *Principles...2015*, cit., p. 143, C7); cfr. ainda, com citação da jurisprudência alemã nesse sentido, JÜRGEN PRÖLSS, "I. Rechtsgrundlagen des Versicherungsvertrages", *Prölss/Martin Kommentar*, CHRISTIAN ARMBRÜSTER, HEINRICH DÖRNER, DOMINIK KLIMKE, ULRICH KNAPPMANN (org.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (22.02.2011), nm. 14 (embora o próprio autor seja crítico de tal qualificação face às hipóteses em que o segurado deva optar entre várias regras pré-formuladas).

⁶ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "O novo regime...", cit., ponto 3.

⁷ Sobre a pluralidade das técnicas de financiamento da cobertura seguradora, permitimo-nos remeter para o nosso MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, "Da incerteza ao risco: as técnicas seguradoras e o seu referente, num diálogo com Knight", *in Estudos em Homenagem ao Doutor Avelãs Nunes, Boletim de Ciências Económicas da FDUC, II*, LUÍS PEDRO CUNHA, JOSÉ MANUEL GONÇALVES SANTOS QUELHAS, TERESA ALMEIDA (org.), 2014, pp. 2174 e ss.

teúdo dos clausulados e a sua apresentação para mera adesão. São, claro, pensáveis hipóteses de seguros em que as cláusulas com incidência sobre o recorte do risco – inclusivamente as que consagrem exigências de conduta deste género – sejam resultado de negociação individual – pense-se nos seguros de grandes riscos que gozem de tamanha especificidade, que se torne indispensável a assessoria do próprio segurado na construção da cobertura; ou no contrato pontual de cobertura de um risco celebrado por um não profissional, que ainda assim mereça a qualificação de seguro. Estas situações serão, porém, deixadas fora do foco do presente escrito, que se aterá à análise das hipóteses de utilização de ccg.

O regime de tutela face à contratação com base em ccg abrange a generalidade dos co-contratantes, independentemente de actuarem como consumidores ou empresários ou entidades equiparadas. A diferença é apenas a da intensidade da tutela em sede de controlo do conteúdo dos clausulados, beneficiando os consumidores de protecção específica face a um elenco mais alargado de cláusulas absoluta e relativamente proibidas (arts 17.º e 20.º do RJCCG).

Sendo debatida a *ratio* subjacente ao regime dos contratos de adesão – mais ainda, atenta a dita largueza da categoria, abarcando as cláusulas individualmente não negociadas –, é mais pacífica a atribuição de um fundamento unitário ao regime de escrutínio das verdadeiras ccg⁸. Este arranca de

⁸ Para uma contraposição, na doutrina recente, dos dois fundamentos mais comumente apontados ao regime dos contratos de adesão – a saber, o da inferioridade económica, social, intelectual ou psicológica do aderente e o da ocorrência de uma falha de mercado, derivada de um desnível informativo e motivacional do aderente –, cfr. JÜRGEN BASEDOW, "Vorbemerkung", *MÜKo BGB, II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, §§ 241-432, WOLFGANG KRÜGER (org.), Beck, Munique,



uma situação de inferioridade do aderente, que porém não se confunde com um desnível de poder económico, em concreto, de mercado, de uma parte em relação à outra⁹.

A fonte do desnível é identificada no próprio *modus* de contratar que está aqui em causa, que gera riscos específicos para o aderente. Isto encontra-se espelhado no Direito positivo, que não requer outra característica que não a contratação

2015, disponível em <http://beck-online.beck.de> (15.06.2016), nm. 4 e 5, seguido de perto, na explanação daqueles, por PHILLIP HELLWEGE, "Die §§ 307-309 enthalten zwei Formen der Inhaltskontrolle", *JZ* 70 (2015), pp. 1132-1133. Este último autor propõe, aliás, a atribuição distributiva destes fundamentos na compreensão do regime alemão de sindicância de cláusulas subtraídas à negociação individual: enquanto que a ocorrência de falha de mercado explicaria o regime do conjunto restrito atinente às ccg ("AGB"), que em texto contemplamos, já o regime das cláusulas unilateralmente predispostas ("EGB") se explicaria através do princípio da protecção da parte mais fraca (cfr. pp. 1134 e ss.).

⁹ Além da doutrina citada na nota anterior, cfr. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato, As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, esp. pp. 330 e ss., e bibliografia aí citada. Com efeito, não se impõe como pressuposto de acesso ao regime qualquer averiguação de tal desnível – que, aliás, sempre seria problemática, dado o carácter difuso do juízo sobre o poder económico relativo. De resto, num sistema fundado na propriedade privada, toma-se como ponto de partida na interacção em mercado que os sujeitos arranquem de diferentes patamares de património e rendimento e, por isso, desde logo de diferentes posições relativas. Trata-se de um dado transversal a toda a contratação e não específico da que se processa com recurso a cláusulas contratuais gerais – dado esse que não justificaria, pois, a autonomização de um regime jurídico em torno delas (p. 337: "[a]o nivelar, sob a veste formal de partes contratantes, sujeitos cuja situação material, do ponto de vista económico, não é, em princípio, considerada, o mecanismo contratual permite, ocultando a sua natureza, que relações de poder e de supremacia se manifestem juridicamente como relações paritárias, abertas, por isso mesmo, à autonormação dos intervenientes"). Para uma aproximação do regime do controlo das ccg a um controlo massificado da usura, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, "Cláusulas iníquas ou abusivas no contrato de seguro", in *Congresso luso-hispano de Direito dos seguros*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 166; para uma panorâmica da doutrina nacional sobre a temática dos contratos de adesão, MIGUEL NUNO PEDROSA MACHADO, "Sobre cláusulas contratuais gerais e conceito de risco", *RFDUL* (1988), pp. 98 e ss.

com recurso a clausulado estandardizado para que se aplique. Assim, entende-se que a própria utilização de ccg, independentemente das posições de poder, globalmente consideradas, das partes em presença, inibe o aderente de defender os seus interesses, colocando-o numa posição negocial desvantajosa. Fala-se aqui de uma superioridade organizativa e "intelectual" – *hoc sensu*, informacional – do utilizador. Celebrando massivamente dado tipo de contratos, este tem o treino prático e, rodeando-se dos especialistas necessários, os meios para antecipar no clausulado os problemas que a execução contratual poderá colocar e dar-lhes a resposta mais satisfatória. A doutrina convoca também *factores de ordem psicológica* gerados por essa *pré-formulação* "dos termos inegociáveis em que o estipulante está disposto a contratar", que leva aliás a que tais cláusulas se aparentem, pelo seu aspecto e redacção geral e abstracta, a um sistema de normas legais: esta "gera no espírito da contraparte uma ideia de completude e imodificabilidade, que o desincentiva a tomar consciência crítica do seu conteúdo"¹⁰. Ainda quando o consumidor atipicamente tome dele conhecimento, prevalecerá "um sentimento de resignação e impotência", que o inibe de procurar a modificação de cláusulas que entenda desfavoráveis ou de recusar a contratação.

Resta dizer porque merece tal passividade do aderente tutela jurídica, não se lhe impondo que arque com as respectivas consequências. Trata-se aqui da *questão da inexigibilidade*

¹⁰ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 345-347; este desinteresse racional por parte do aderente, atentos os desrazoáveis custos de transacção que este enfrenta, por contraposição ao disponente, para compreender e comparar os vários clausulados predispostos disponíveis no mercado, cfr. JÜRGEN BASEDOW, *Vorbemerkung*, cit., nm. 5.



ao aderente de uma conduta de tutela activa dos seus interesses, que pudesse em última linha implicar mesmo uma recusa em contratar¹¹. Nem numa concepção da liberdade contratual que a reduza a uma mera liberdade de escolha entre alternativas oferecidas à contratação¹², logra ela estar presente em

¹¹ Como veremos já de seguida em texto, esta inexigibilidade é concretizada por apelo a argumentos económicos, sendo crassamente ineficiente a aquisição de mais informação por parte do aderente, dados os custos desmesurados em tal implicados e a pouca plausibilidade do retorno associado – cfr. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 349-354. Numa análise custos-benefícios, o comportamento maximizador do aderente é o de não adquirir a informação necessária à cabal avaliação das cláusulas, já que os custos de aquisição de informação são desmesurados face às vantagens potenciais daí resultantes, dada a “credível inegociabilidade das condições apresentadas” e, face à hipótese da procura de outro ofertante, face à inexistência no mercado, ou dispendiosa cognoscibilidade, de um ofertante que pratique condições diferentes. Trata-se – diríamos, para lá do que diz o autor – de uma situação de ignorância racional. Diferentemente, a aquisição de informação é claramente vantajosa para o utilizador, integrando-se na sua estratégia de planificação para a contratação massificada, já que aquele pode repartir tais custos por um sem número de contratos. Não se trata de uma situação de resignação do contraente a “submeter-se, por falta de alternativas, a riscos de que está sabedor”, mas antes da sua falta de “interesse em conhecer ao pormenor a regulação das vicissitudes relacionadas com a execução do contrato”, centrando antes “a sua atenção nas utilidades que o seu objecto lhe pode proporcionar” (p. 354).

¹² JOHANNES KÖNDGEN, “Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht, Bemerkungen zum “Hypothekenzins-“ und zum “Wertstellungs-Urteil“ des BGH”, *NJW* 15 (1989), pp. 946-947; JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 354-355 e 360-364. Tal arreda o argumento que viesse rebater esta necessidade acrescida de tutela com a afirmação de que, em muitas outras actuais situações de aquisição de bens e serviços, o adquirente actua como um *market taker*, já os respectivos preços tão-pouco são apresentados à negociação, mas colocados numa lógica de “take it or leave it”. Aliás, a concepção da liberdade contratual tem mesmo vindo a ser reconfigurada a esta luz: esta não pode ser realisticamente concebida como uma liberdade de co-conformação do contrato – como a concebem autores como Flume ou Emmerich. São muito enfáticas as palavras de CLAUS-WILHELM CANARIS, “Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen”, in *Festschrift für Ernst Steindorff zum. 70. Geburtstag am 13. März 1990*, JÜRGEN F. BAUR, KLAUS J. HOPT, K. PETER MAILÄNDER (org.), Walter de Gruyter, Berlim/Nova

face à contratação com uso de ccg, face à assimetria informativa que estas criam. A determinação do alcance jurídico-económico destas cláusulas implica custos desproporcionados, face aos benefícios potenciais associados, pelo que permanece uma *falha de informação, que impede que o mercado funcione eficientemente*, já que os adquirentes não logram comparar entre si as várias ofertas. Isto não ocorre, *prima facie*, face à comparação entre os preços de cada uma, já que a sua análise é mais linear e que o consumidor foca nesse factor a análise que funda a sua escolha¹³.

Podemos, pois, concluir que a *regulação das ccg visa compensar uma verdadeira falha de mercado*¹⁴, evitando que a *assimetria informativa que caracteriza o mercado provoque uma espiral de selecção adversa, expulsando os melhores clau-*

lorque, 1990, p. 548, a este respeito, segundo as quais a compreensão da liberdade contratual através de um modelo de negociação de todo o conteúdo do clausulado constituiria uma *quimera ridícula, que, se explicava o que ocorria num bazar, não explicava já o funcionamento da actual economia de mercado*. Trata-se aqui de uma deslocação do foco – a conformação das condições do negócio deixa de ser concebida como um acto bilateral de poder, para ser concebida em termos irremissivelmente institucionais. Cabe ao mercado, através do mecanismo da concorrência, e não à actuação do concreto contraente, influir no conteúdo das propostas. *A liberdade contratual reduz-se aqui à mera possibilidade de uma opção informada entre várias alternativas*, não podendo mais ser dissociada dos mecanismos da concorrência. Como tal, a sua protecção exige tanto uma actuação sobre o próprio mercado, procurando levá-lo a actuar de modo concorrencial – o que se faz pelos mecanismos de controlo da concorrência, atinentes ao Direito económico –, como uma actuação directa sobre as relações entre privados, suprimindo os mecanismos do mercado em caso de falha deste.

¹³ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 357-360.

¹⁴ Salientando o escopo de correcção de falhas de mercado da legislação sobre ccg, JOHANNES KÖNDGEN, "Grund...", cit., p. 946; mais recentemente, JÜRGEN BASEDOW, *Vorbemerkung*, cit., nm. 5-6; em sede geral, cfr. ainda MANFRED WOLF, JÖRG NEUNER, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, C. H. Beck, Munique, 2012, pp. 552-553.



*sulados do mercado*¹⁵. Trata-se aqui de suprir, por via normativa, o papel da concorrência.

Se é assim por um lado, por outro tem quer ser salientada a indispensabilidade do recurso a ccg para assegurar o funcionamento das modernas estruturas de produção e distribuição. Sem uma standardização dos próprios clausulados, não se assegura a racionalização de custos e planeamento necessários ao serviço de uma produção em massa dirigida a um consumo também massificado¹⁶.

Perante este pano de fundo, atribui-se à regulação sobre ccg o escopo de proteger o aderente face a resultados desproporcionados derivados da conformação unilateral do clausulado pelo utilizador¹⁷.

§2. O regime do controlo de conteúdo de ccg transposto para o contrato de seguro

I. Objecto do controlo

Antes de avançarmos, deveremos dar nota de uma

¹⁵ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 357-360.

¹⁶ JAN SCHAPP, "Die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts für die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz", *Der Betrieb* (1978), pp. 622-624; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro", *ROA* 3 (1986), pp. 741-742;

¹⁷ É esta a visão dominante na doutrina alemã – HARRY SCHMIDT, "BGB § 307 Inhaltskontrolle", *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, HEINZ GEORG BAMBERGER, HERBERT ROTH (org.), Beck, Munique, 2015, disponível em <http://beck-online.beck.de> (04.07.2015), nm. 1.

questão que poderia prejudicar a própria possibilidade de sindicância de uma parte substancial dos clausulados contratuais seguradores. Com efeito, o seguro é um “produto jurídico” cujas qualidades dependem exclusivamente do clausulado¹⁸. Assim, todas as cláusulas que procedem a um recorte primário (inclusivo) ou secundário (excludente) do risco transferido – pense-se nas cláusulas que definem o risco coberto, nas que estabelecem exclusões de cobertura, ou nas que estabelecem exigências de conduta ligadas ao risco ou ao sinistro – determinam a atribuição que fica a cargo do segurador.

A apreciação de tais cláusulas pareceria, pois, *prima facie*, contender com os termos da Directiva, que exclui a avaliação do carácter abusivo das cláusulas que respeitem à definição do objecto principal do contrato (art. 4.º, n.º 2), precisando, no considerando n.º 19, que, no caso de contratos de seguros, as cláusulas que definem ou delimitam claramente o risco segurado e o compromisso do segurador não são objecto de tal apreciação desde que essas limitações sejam tidas em conta no cálculo do prémio a pagar pelo consumidor¹⁹. A limitação constante do art. 4.º, n.º 2, foi expressamente acolhida pela generalidade dos Estados-membros; não assim por Portugal.

¹⁸ Usamos a fórmula difundida sobretudo por MEINRAD DREHER, *Die Versicherung als Rechtsprodukt, Die Privatversicherung und ihre rechtliche Gestaltung*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1991, *passim*; para o reporte, também corrente na doutrina germânica, a uma delimitação do risco primária e secundária, cfr. *ex multis*, na doutrina recente, JÜRGEN PRÖLSS, “§ 1”, *Prölss/Martin Kommentar*, C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (18.02.2011), nm. 114.

¹⁹ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, “Cláusulas contratuais gerais e contrato de seguro”, in *Contrato de seguro, Estudos*, J. C. MOITINHO DE ALMEIDA (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 93-94, dando conta de que a limitação atendeu à pressão de alguns Estados-membros, que consideraram que a avaliação destas cláusulas contenderia com a garantia constitucional dos princípios da economia de mercado.



Trata-se de um parâmetro que concita o questionamento. Tanto é assim nos Estados que transpuseram a limitação, onde doutrina e jurisprudência não se eximem à procura de um espaço de actuação da sindicância, face a uma directriz que pareceria barrar de plano a sua interferência nesta sede – é assim na França²⁰, e, como veremos de seguida, na Alemanha –; como é assim nos Estados que a não transpuseram, mas que se debatem com a garantia constitucional da livre iniciativa priva-

²⁰ No Direito francês, uma cláusula pode ser reputada abusiva, e por isso não escrita, uma vez cumpridas três condições cumulativas: a cláusula não deve ser atinente ao objecto principal do contrato (*Code de la consommation*, L 132-1, al. 7); a cláusula deve ter por efeito a criação, em detrimento do não profissional, de um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações das partes no contrato (L 132-1, al. 1); e o contrato de seguro não deverá ser atinente à actividade profissional do segurado (L 132-1, al. 1). Debatendo-se directamente com a questão, Leduc em HUBERT GROUDEL, FABRICE LEDUC, PHILIPPE PIERRE, MAUD ASSELAINE, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis, Paris, 2008, p. 532, procura um meio de manter as cláusulas que criam deveres de prevenção do risco acessíveis ao controlo de conteúdo. Uma das vias seria, convocando o citado Considerando da Directiva para interpretar o art. art. L 132-1, al. 1, defender que apenas as situações de imposição de deveres que tenham sido tomadas em conta para cálculo do prémio deverão ser excluídas da fiscalização. O autor rejeita, porém, essa via. Desde logo, porque tal implicaria, ao contrário do assumido, afinal uma fiscalização da adequação prémio/risco – já que se trataria de aferir do carácter abusivo de cláusulas que, sendo limitativas do risco assumido, não tinham sido contempladas numa descida de prémio. A outra objecção levantada é de índole pragmática: dada a extrema complexidade dos cálculos subjacentes ao prémio, seria extremamente difícil destrinçar o que tinha e o que não tinha influído nesse cálculo. Uma outra via, proposta pelo autor, assenta na outorga de uma certa *ratio legis* ao preceito que estabelece esse limite. Considera o autor que, com a imposição dessa barreira à fiscalização, do que se trata é de evitar que se faça desaparecer do contrato cláusulas essenciais à subsistência deste – provocando-se, pois, por uma via que se queria protectiva do segurado, a pioria da sua situação, já que este seria deixado sem contrato e, como tal, sem cobertura. Perante este raciocínio, desaparecem os obstáculos à fiscalização destas cláusulas que impõem condutas preventivas, já que a sua erradicação do contrato não põe em causa a subsistência deste: o contrato subsiste, com o mesmo prémio, limitando-se o intérprete a despojá-lo dos deveres abusivos.

da – é assim em Espanha, à face do art 38.º da Constituição²¹ e é assim em Portugal, à face do art. 61.º da CRP.

No ordenamento jurídico alemão, a limitação decorre actualmente do § 307, III, do BGB, que sucedeu ao § 8 da Lei sobre ccg, alinhando-o com as exigências de transparência referidas na Directiva²². Fundamento primacial do preceito é a defesa dos princípios da economia do mercado, implicando que, salvo em caso de falha de mercado, cabe aos ofertantes a livre conformação dos produtos que nele colocam.

²¹ No Direito espanhol, a protecção por via do Direito dos seguros adiantou-se à protecção especificamente dirigida ao fenómeno das cláusulas contratuais gerais, vindo o art. 3.º da LCS cuidar a tutela do segurado contra as "condiciones generales" antes da aprovação da "Ley sobre condiciones generales de la contratación" (Lei n.º 7/98). Entende-se actualmente que o art. 3.º da LCS vale como disposição especial face à segunda (FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Art. 3. Condiciones generales", in *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 octubre, y a sus modificaciones*, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO (org.), Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 108-109). Ora, a conciliação do art. 3.º da LCS com o disposto no art. 1.º, que determina que o segurador deve prestar dentro dos limites convencionados, como a tomada em consideração da disposição da Directiva de que dizemos em texto, reflectiram-se numa tomada de posição doutrinal e depois jurisprudencial quanto à questão (a paternidade do critério geralmente seguido é atribuída a Sánchez Calero – FRANCISCO JAVIER TIRADO SUÁREZ, "Cláusulas abusivas y contrato de seguro en Derecho español", in *Congreso luso-hispano de Derecho dos seguros*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 193; veja-se a jurisprudência aí citada nas pp. 184 e ss.), que apartou as cláusulas limitativas de direitos do segurado, sujeitas a escrutínio, de cláusulas delimitadoras da prestação, dele isentas. As últimas são descritas como as que concretizam o objecto do seguro, determinando os riscos cuja concretização dá origem à obrigação de prestar do segurador, determinando o risco que se cobre, por que quantia, e em que limites temporais ou espaciais; as cláusulas limitativas são as que restringem os direitos do segurado, operando uma vez que esteja concretizado o objecto do seguro (FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Art. 3", cit., pp. 134-138). É um critério de pouco préstimo face à facilidade com que se amolda o texto de uma cláusula a uma função ou outra.

²² ANDREAS FUCHS, "§ 307 Inhaltskontrolle", in *AGB Recht Kommentar*, PETER ULMER, HANS E. BRANDNER, HORST-DIETHER HENSEN (org.), Dr. Otto Schmidt, Colónia, 2011, pp. 574, 576-578, também quanto ao que dizemos de seguida.



Ora, mobilizando esta *ratio* do preceito, e invocando ainda a liberdade de consagração de um standard de protecção mais elevado pelos legisladores dos Estados-membros, a doutrina e a jurisprudência não se acolhem a uma isenção de plano da fiscalização do conteúdo das ccg. Entende-se que a *complexidade* da conformação do produto "seguro" leva a que o *adquirente médio tome apenas em consideração, na sua escolha no mercado, as características verdadeiramente nucleares do contrato* – pelo que apenas a interferência nestas seria apta a colidir aqui com o funcionamento da economia de mercado²³. Reconhece-se ainda, face a tal complexidade e ao facto de o segurado não estar de antemão em condições de precisar qual a probabilidade de fazer uso da cobertura que adquire, que o segurador tem em relação a ele uma responsabilidade especial na conformação do seu produto²⁴. Assim, isentas de controlo estão apenas as cláusulas sem as quais o conteúdo do contrato careceria de um mínimo de determinabilidade, sendo como tal nulo²⁵. Incluem-se aqui, de um modo geral, as cláusulas que definem o tipo de seguro, o montante da cobertura, o dever de pagar o prémio e a sua relação com a cobertura contratada; sem que se possa porém dizer que mesmo estes redutos estão vedados do controlo de conteúdo, não hesitando a jurisprudência em considerar as cláusulas como modificativas

²³ ANDREAS FUCHS, "§ 307", cit., pp. 598-599.

²⁴ JÜRGEN PRÖLSS, *I. Rechtsgrundlagen des Versicherungsvertrages*, cit., nm. 78, com o seguinte paralelo expressivo: o segurado que adquire cobertura seguradora não pode ser comparado com o adquirente de um carro pequeno, que se não poderá legitimamente surpreender se o carro que adquire não tem as qualidades de um carro grande.

²⁵ ANDREAS FUCHS, "§ 307", cit., p. 598, e, para além da jurisprudência aí citada, *ex multis*, ac. do BGH de 21.04.1993, IV ZR 33/92, nm. 15-16.

do risco coberto e, como tal, fiscalizáveis²⁶.

Este entendimento, que é também o espelhado nos PEDCS²⁷, tem sido acolhido pela doutrina nacional, que considera que tão-pouco o nosso ordenamento deve ser alheio a ditames de proporcionalidade face à garantia da livre iniciativa económica do segurador, devendo as cláusulas que conformem, nesse sentido, o núcleo do contrato, estar eximidas a um controlo de conteúdo²⁸. Em todo o caso, de acordo com os termos da Directiva, a inscrição no âmbito do controlo deve voltar caso a cláusula não se encontre redigida de modo claro e compreensível – promovendo-se esta transparência, promove-se então a concorrência, que, na verdade, aquela isenção vinha salvaguardar²⁹.

Este controlo incide, pois, sobre a generalidade das cláusulas que conformam o risco coberto – quer sejam abertamente redigidas como exclusões, quer, tendo embora esse sen-

²⁶ ULRICH HÜBNER, "Auswirkungen der europarechtlich vorgegebenen Änderungen des AGB-Gesetzes und des Versicherungsaufsichtsrechts auf die richterliche Kontrolle von Allgemeinen Versicherungsbedingungen", in *Karlsruher Forum 1997, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen nach der Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträge*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1998, pp. 58-59, considerando fútil a discussão destes limites, já que, na prática, a jurisprudência não se coíbia de controlar o conteúdo de qualquer tipo de cláusula quando entendia dever fazê-lo – e, na verdade, a doutrina recente confirma a escassez de decisões judiciais que se escudam na limitação dos poderes de controlo (ANDREAS FUCHS, "§ 307", cit., p. 600).

²⁷ Art. 2:304, 3). Cfr. PROJECT GROUP RESTATEMENT OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW, *Principles...2015*, cit., p. 143, comentário C4, considerando que apenas as cláusulas nucleares estão eximidas ao controlo de conteúdo, consistindo elas nas cláusulas que "give a crucial definition or circumscription of the type and subject of insurance, the insured risk, the insurer's liability, the insurance benefit, the sum insured, the insured interest or the insurable value".

²⁸ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, "Cláusulas...", cit., pp. 95-96.

²⁹ JÜRGEN BASEDOW, "Transparenz als Prinzip des (Versicherungs-)Vertragsrechts", *VersR* (1999), p. 1048.



tido, venham formuladas pela positiva³⁰, quer, enquadrando-se ainda na dita delimitação secundária do risco, venham criar deveres de controlo do risco. É, aliás, no âmbito que se diria deste ponto de vista mais melindroso, atinente às cláusulas de exclusão do risco, que a jurisprudência nacional vem em grande medida exercendo o seu magistério³¹.

II. Parâmetro do controlo

O parâmetro central de valoração do conteúdo das cláusulas contratuais gerais é, perante o RJCCG, por influência germânica (veja-se, hoje, o § 307, I, do BGB), o da boa fé (art. 15.º). Vemos aqui o parâmetro a actuar, pois, fora da sua função de norma de conduta, como norma de validade de convenções

³⁰ Coisa diversa não vale, de resto, no ordenamento alemão, onde se sublinha a sujeição ao controlo das próprias cláusulas de delimitação do risco formuladas pela positiva, desde que venham excluir a cobertura de riscos que, de acordo com a lei ou com a boa fé em atenção aos usos do tráfico, se devessem entender incluídos na cobertura, limitando ou modificando a prestação que o tomador poderia, em face da finalidade do contrato, legitimamente esperar – cfr. ANDREAS FUCHS, “§ 307”, cit., p. 599, reportando-se a Brandner.

³¹ Cfr., por exemplo, Ac. do STJ de 7 de Outubro de 2010, Processo n.º 1583/06.7TBPRD.L1.S1; ac. do STJ de 27 de Maio de 2010, Processo n.º 976/06.4TBOAZ.P1.S1 (sumário); mais recentemente, ac do TRL de 26 de Fevereiro de 2013, Processo n.º 411/10.3TBTVD.L1-7. Trata-se aqui do escrutínio de cláusulas que delimitam o risco em sede de seguros de invalidez contratados para garantia do crédito, considerando-se que são nulas as cláusulas que requeiram, para que se dê por verificada a invalidez, que a pessoa segura se encontre em estado de impossibilidade de subsistência funcional sem apoio de terceira pessoa. Cfr. ainda ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, “Cláusulas abusivas e o contrato de seguro”, in *Congresso luso-hispano de Direito dos seguros*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 238-239, considerando que se trata aqui de compensar a falta no ordenamento nacional de uma disposição análoga ao art. L113-1 do Cod. Ass. ou ao art. 3.º da LCS, que estabelecem limites às cláusulas de exclusão.

privadas, valendo numa função limitativa e correctora³².

Entre nós, o critério geral da boa fé é recebido na lei sem que esta forneça parâmetros claros de concretização. Após uma referência ao fundamento do controlo, no corpo do art. 16.º – atinente aos valores fundamentais do Direito –, aponta-se, nas suas especificações, em dois sentidos diversos. Por um lado, para uma tutela da confiança concretamente gerada nas circunstâncias da contratação. Por outro, para uma tutela que se coloca mesmo para lá das circunstâncias concretas da contratação, em relação à compatibilidade da cláusula com o *objectivo que as partes visaram atingir negocialmente*. A sua determinação efectiva-se, antes de mais, à luz da *regulação do tipo contratual, que, quando se trate de tipo legal, vale, nas suas disposições imperativas e supletivas, como modelo de controlo*³³; já na densificação um tipo social, têm relevo os usos

³² JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 546 e ss., JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, ""Economia do contrato", autonomia privada e boa fé", in *Ars iudicandi, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, IV*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 976-977. Este alargamento da boa fé para lá das suas funções tradicionais, de norma de conduta com vocação individualizada, prende-se com a delimitação recíproca do parâmetro face à cláusula alemã dos bons costumes, guardiã do cerne de valores de um ordenamento perpassado de pré-compreensões liberais. Tal levou à busca de um critério flexível, que pudesse valorar práticas legítimas perante o parâmetro dos bons costumes, mas que, aqui, perante os riscos colocados pelo recurso a cláusulas contratuais gerais e a falha de mercado que estas exprimem, devem ser tidas por ilegítimas. O parâmetro da boa fé revelou-se o procedente nesta sede por a contratação com recurso a contratos predispostos se revelar uma forma de exercício de poder sobre os co-contratantes, advindo daí um especial dever de tomar em consideração os interesses da contraparte. Cfr. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., especialmente pp. 542 e ss.

³³ ALMENO DE SÁ, "Lei das cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusula abusivas", in *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas*, ALMENO DE SÁ (org.), Almedina, Coimbra, 2001, pp. 36-37, considerando exactamente que a sua densificação implica a convocação do tipo negocial em causa, com vista a determinar se a estipulação não leva ao malogro do que é normalmente entendido face ao tipo negocial em causa.

do tráfico. Em formações contratuais que não tenham respaldo num tipo pré-disponível, o relevo cabe às finalidades contratuais reconhecidas por ambas as partes³⁴.

O modelo subjacente ao tipo não vem em qualquer caso convocado em si, como puro argumento formal, mas como precipitado dos valores fundamentais do Direito numa ordenação típica de interesses que funda expectativas em quem a mobiliza. Estes dois vectores conciliam-se na ideia de que cabe atentar na cláusula não em si, isoladamente, mas de acordo com o sentido que esta recolha do concreto contrato em que se insere³⁵.

Cabe ao princípio da boa fé, como norma de validade, encaminhar para a sede concreta os “valores fundamentais do Direito” referidos no corpo do art. 16.º. Faltaria aqui ainda uma ponte de concretização entre o sentido geral da boa fé e essa sua concretização na preservação do objectivo ou sentido e fim do contrato, não sendo metodologicamente defensável, – ou sequer, face aos dados legais, possível – uma aplicação mecânica da regulação do tipo³⁶. Tal ponte, dá-a o *princípio da proporcionalidade*. Tal é claro na Directiva, que exige um desequilíbrio significativo dos direitos e deveres dos contraentes, em prejuízo do consumidor. À face da lei portuguesa, a doutrina chega a esse mesmo resultado, através da conjugação entre a

³⁴ Defendendo uma mobilização de parâmetros diferenciados à medida que nos afastamos dos tipos, MANFRED WOLF, JÖRG NEUNER, *Allgemeiner...* cit., p. 566. Sempre se diga, porém, que uma determinação daquelas finalidades contratuais mutuamente reconhecidas, de acordo com a teoria da impressão no destinatário, remeterá novamente amiúde para aqueles outros parâmetros de índole objectiva, atinentes aos usos do tráfico e normas legais que compõem os tipos.

³⁵ HARRY SCHMIDT, § 307, cit., nm. 21.

³⁶ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 578 e ss.

cláusula geral da boa fé e as suas concretizações nas alíneas do art. 16.º e atenta a teleologia do controlo dos clausulados. Entende-se que se trata aqui de buscar *um adequado equilíbrio num contexto de ponderação de interesses*: de um lado, os interesses de racionalização, certificação e uniformização do predisponente; e, do outro, os interesses da contraparte, tal como resultam de uma consideração aprofundada das normas legais e princípios aplicáveis à situação em causa³⁷⁻³⁸.

³⁷ Coube a MICHAEL STÜRNER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2010, especialmente pp. 346 e ss. e 383 e ss., uma recente proposta de enquadramento do princípio da proporcionalidade como princípio reitor do Direito das obrigações. O autor propõe fundamentalmente a mobilização do princípio da proporcionalidade em sentido estrito enquanto princípio jurídico autónomo, com fundamento geral, e não enquanto derivação das suas concretizações no Direito público. Trata-se de um meta-princípio de puro carácter procedimental, sem conteúdo próprio, que opera em situações de conflito: quanto o decidente se encontre perante várias alternativas e seja necessário um critério racional para decidir por uma delas, o princípio permite-lhe reunir, sopesar e comparar argumentos. A ponderação faz-se nos termos de um sistema móvel, permitindo a mobilização dos diversos pontos de vista, não definidos à partida, de um modo graduado. O princípio vem fundado na justiça comutativa, enquanto corporização da justa medida: trata-se do reverso do princípio da igualdade, valendo como proibição da desigualdade excessiva. Para o que aqui importa, face à convocação do parâmetro para fiscalização do conteúdo de cláusulas atinentes a deveres laterais, trata-se aqui de uma ponderação entre os interesses do utilizador e do aderente (p. 387). Nesta, o critério material da justiça é dado "pelo contrato" – ou seja, pelo seu regime dispositivo, que representa o que as partes acordariam como ordenação justa dos seus interesses. Aludindo ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito como a vertente mais pertinente para mobilização em sede jurídico-privada, DULCE LOPES, *O princípio da proporcionalidade no Direito comunitário, Uma perspectiva de controlo*, s. ed., Coimbra, 2003, p. 60.

³⁸ Assim, ALMENO DE SÁ, "Lei... ", cit., p. 35; também JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 570 e ss.: o termo de comparação é uma adequada composição de interesses. Na doutrina alemã, cfr., similarmente, MANFRED WOLF, JÖRG NEUNER, *Allgemeiner...* cit., p. 567, dizendo que, em primeiro lugar, é necessário determinar a existência de desfavorecimento, em atenção às circunstâncias que se verifica-



Esses interesses a sopesar devem ser especificamente concretizados no que ao Direito dos seguros concerne. Do lado do segurado, interfere com grande acuidade o interesse na obtenção da maior cobertura possível face ao risco em causa. O facto de a obter ao menor preço não é contudo, em si, objecto de tutela em sede de aplicação do diploma das cláusulas contratuais gerais, sendo antes deixado ao mercado. Mas deve valorar-se já o facto de a manutenção de tal cobertura postular limitações relevantes da liberdade patrimonial e pessoal – em atenção aos direitos de personalidade – do segurado³⁹. Entram neste lado da ponderação também os interesses dos outros sujeitos ligados ao risco, como o segurado, quando diferente do tomador, ou os beneficiários, quando os houver⁴⁰.

Do lado do segurador, têm especial incidência os referidos interesses na racionalização e uniformização da oferta do produto jurídico “seguro” – já que, aqui, surgem ligados à própria técnica da mutualização dos riscos, que pressupõe a possibilidade de cálculo antecipado⁴¹. A par com estes, po-

riam sem a dita cláusula; seguidamente, deve determinar-se se tal desfavorecimento falha o teste da adequação, servindo então de parâmetro o princípio da boa fé, que determina que, num contrato, cada parte deve poder esperar uma distribuição equilibrada dos direitos, oportunidades e riscos de cada uma.

³⁹ ALEXANDER BRUNS, “BGB § 307 Inhaltskontrolle”, *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID, MANFRED WANDT (org.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (26.02.2011), nm. 58; HARRY SCHMIDT, § 307, cit., nm. 38.

⁴⁰ ALEXANDER BRUNS, § 307, cit., nm. 58.

⁴¹ Relativizando tais interesses em termos gerais, HARRY SCHMIDT, § 307, cit., nm. 31; afirmando a sua acuidade em sede seguradora, ALEXANDER BRUNS, § 307, cit., nm. 59. Cfr. ainda, também quanto ao que dizemos já de seguida, JÜRGEN PRÖLSS, *I. Rechtsgrundlagen des Versicherungsvertrages*, cit., nm. 18, salientando que não se trata aqui de um mero interesse de racionalização para contenção de custos, encontrando-se antes ligado à natureza do bem e técnica que lhe subjaz.

der-se-ia também aduzir um interesse na contenção do preço oferecido e do risco coberto em contrapartida – aqui flanqueado não só pela maior vulnerabilidade a fenómenos de *selecção adversa* por parte do segurador que menos compartimente os riscos cobertos, como pelo facto de o encarecimento dos prémios cobrados em atenção à cobertura de mais riscos implicar do mesmo passo uma *oneração acrescida da comunidade de segurados*.

Tal como em geral, salienta-se, porém, que este interesse do segurador não pode desde logo trunfar irrestritamente sobre o interesse em obter uma cobertura adequada às necessidades servidas pelo seguro. Não é adequada a solução que privilegie à *outrance* a oferta do produto segurador ao preço mais baixo possível – importa, sim, que o produto tenha as qualidades necessárias à satisfação daquelas necessidades⁴². Assim, a título de exemplo, no que concerne às questões levantadas pelas exigências de conduta ligadas ao risco, é argumento amiúde esgrimido o de que à *generalidade dos segurados interessa obter cobertura quanto a situações normais de desatenção na relação com os riscos cobertos*.

Nem procede o argumento segundo o qual a concessão de uma irrestrita liberdade de conformação da cobertura levasse a resultados mais sãos do ponto de vista do mercado. Devemos lembrar que a assimetria informativa não existe num

⁴² Por todos, em sede geral, relativamente ao “Preisargument”, HARRY SCHMIDT, § 307, cit., nm. 33: “Es gilt das Postulat, dass es die Kehrseite der Preisgestaltungsfreiheit des Verwenders ist, seine Preise so zu kalkulieren, dass sich seine vertraglichen Verpflichtungen im Rahmen der Gebote von Treu und Glauben eben erfüllen lassen”. De resto, como salienta o autor, os processos de tarifação dos produtos não são transparentes ao ponto de permitir que este elemento entre num verdadeiro escrutínio.



só sentido: face ao conteúdo dos clausulados, desfavorece assinalavelmente os segurados, levando-os a *contratar apenas com base no preço da cobertura, sem conseguirem escrutinar cabalmente a qualidade do que adquirem*. Assim, o efeito da degradação do conteúdo da cobertura é aqui o da *selecção adversa, correspondendo a uma "race to the bottom"*⁴³. Tal colocaria obviamente problemas quando não interferisse qualquer normação, sequer supletiva, nos termos da cobertura, já que levaria tendencialmente a que apenas os piores ofertantes permanecessem no mercado. E coloca problemas ainda quando o "ponto focal" – olhemo-lo para já assim, pois estamos exactamente a problematizar o degrau prévio à sua convocação como *Leitbild* – colocado pelas normas supletivas *dê margem ao segurador para se evadir à cobertura*. Com efeito, aqui a celebração de um contrato em que não existisse tal possibilidade reflectir-se-ia no preço, tendendo a atrair os piores co-contratantes.

Na busca do ponto de equilíbrio da ponderação dos interesses em causa tem, como vimos, um relevo determinante o *modelo dado pela regulação imperativa e dispositiva do tipo legal*⁴⁴. E tem-no em dois planos. Num primeiro plano, a refe-

⁴³ LAW COMMISSION/SCOTTISH LAW COMMISSION, *Insurance contract law: Business disclosure; warranties; insurer's remedies for fraudulent claims; and late payment* 2014, disponível em <http://www.lawcom.gov.uk/project/insurance-contract-law-business-disclosure-warranties-insurers-remedies-for-fraudulent-claims-and-late-payment/> (03.03.2015), pp. 12-13.

⁴⁴ Cfr. KARL LARENZ, *Richtiges Recht*, C. H. Beck, Munique, 1979, pp. 76-79, vendo aqui exactamente um afloramento da justiça contratual, atinente à ideia de equilíbrio na relação entre as partes. No Direito positivo alemão, cfr. o § 307, II, do BGB. Nos termos deste, deve na dúvida concluir-se pela existência de um desfavorecimento desproporcionado quando *uma cláusula não seja conforme a ideias-base* ("Grundgedanken", e não "Grundsätze") *essenciais da regulação*

rência imediatamente feita ao todo de sentido formado pela

legal que derroga (1), ou quando *limite de tal modo direitos e deveres essenciais, decorrentes da natureza do contrato que coloque em risco a consecução da sua finalidade* (2), ou quando não seja clara e compreensível (3). Este último ponto diz respeito ao controlo da transparência; já com os arts. 15.º e 16.º do RJCCG dialogam directamente os dois números anteriores. Não é evidente descobrir um sentido útil para cada um desses números, já que a colocação em causa de direitos ou deveres essenciais à luz da natureza do contrato sempre seria desconforme às ideias essenciais da dita regulação (quanto ao papel desempenhado no seu surgimento pela jurisprudência atinente aos "Kardinalpflichten", cfr. *infra*). Perante a impressão de que haveria que "procurar à lupa" a diferença entre o alcance de um e de outro destes números (WOLFGANG WURMNEST, "BGB § 307 Inhaltskontrolle", MÜKO BGB, II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432, WOLFGANG KRÜGER (org.), C. H. Beck, Munique, 2012, disponível em <http://beck-online.beck.de> (22.04.2014), nm. 70), a doutrina tem envidado esforços para alocar a cada um deles um sentido autónomo. Assim, considera-se que § 307, II, 2, visa especificamente as cláusulas relativas a contratos para os quais não esteja disponível um modelo de regulação típica e que não possam tão-pouco colher esse modelo da aplicação analógica do regime previsto para um negócio similar (é a opinião generalizada; por todos, WOLFGANG WURMNEST, § 307, cit., nm. 70). Esta consideração deixa porém imediatamente um outro problema em aberto: o da falta de um critério para valorar as cláusulas controvertidas (MORITZ RENNER, "Die „Natur des Vertrags“ nach §307 Abs. 2 Nr.2 BGB", AcP 213 (2013), pp. 681 e ss.). A norma em análise decorre da jurisprudência do BGH atinente às "Kardinalpflichten", definidas de um modo muito genérico como "Pflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages erst ermöglicht und auf deren Erfüllung der andere Teil vertraut und vertrauen darf". Na busca de um critério para a sua identificação, o BGH assenta em dois níveis diversos: busca as obrigações nucleares à luz do escopo do concreto contrato celebrado; e busca do mesmo passo extraí-las das valorações legais. Aqui, vê a doutrina a convocação de duas fundamentações metodologicamente incompatíveis, o que não viria em auxílio do intérprete que buscasse um sentido autónomo para o § 307, II, 2. Este sentido tem sido procurado por alguma doutrina na valoração de uma abordagem sociológica do Direito, atinente à tutela de expectativas de facto colocadas na contratação, numa leitura influenciada pelas teorias dos "relational contracts" (Oechsler e, na sua esteira, MORITZ RENNER, "Die „Natur...", cit., pp. 683 e ss.) Não curamos especificamente desta problemática em texto, já que o que nos ocupa é a correcta mobilização do "Leitbild" fornecido pela existência de uma regulação típica; sempre se diga, porém, que a acentuação do elemento sociológico e do carácter meramente fáctico das expectativas tuteladas, se trazem ao jurídico a necessária atenção à virtualidade performativa da prática, não permitem que se perca de vista que se cura ainda de questões jurídicas, constitutivas do sistema jurídico, e que por isso têm um sentido também normativo, e não

regulação do tipo permite inferir o objectivo que as partes visam tipicamente atingir negocialmente, e que podemos também designar, ao modo alemão, como sentido e finalidade do contrato. Este prende-se, como foi já decorrendo da exposição, *com uma visão normativizada da finalidade económica da operação económica*, vista desta feita de um plano abstracto-tipificado e não concreto – de acordo com o horizonte de expectativas do contraente médio a que é dirigido o clausulado. É este *todo de sentido que não deve ser em qualquer caso perdido de vista na ponderação*.

Para lá deste passo, a cláusula controvertida pode sobrepor-se especificamente ao conteúdo de uma disposição supletiva, que vem então afastar. Neste caso, o modelo da regulação típica valerá sobretudo pelo seu conteúdo regulatório: impende sobre a ccg que se afastou da normação supletiva *a suspeita de vir favorecer desproporcionadamente os interesses do disponente, fazendo-o à custa dos interesses do aderente*. Por força dos riscos inerentes à utilização de ccg, o Direito dispositivo adquire assim uma rigidez que não lhe corresponderia à partida⁴⁵.

exclusivamente empírico (FERNANDO JOSÉ PINTO BRONZE, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença, (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do sistema jurídico)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, pp. 81-82).

⁴⁵ Deve fazer-se notar que o parâmetro das opções de regulação contidas no Direito supletivo não teve acolhimento nas normas do DCFR. Com efeito, no esquema tripartido de fiscalização adoptado pelo instrumento, o parâmetro é remetido para as cláusulas gerais da boa fé face à criação de *desvantagens significativas*, quer nos contratos entre empresas e consumidores (art. II-9:403), quer nos contratos entre sujeitos que não sejam empresas (II-9:404); já face aos contratos entre entes empresariais (II-9:405), vale o parâmetro do *desvio grosseiro* da cláusula face às boas práticas comerciais, quando tal seja contrário à boa fé. Diga-se, desde logo, que esta tripartição dos parâmetros não passa ao largo da crítica, quer por sugerir a leitura de que o conceito de justiça ("fairness") subjacente a cada ponderação é diverso (THOMAS PFEIFFER, "Non-negotiated terms", in *Common*

Não havendo norma supletiva que regule a matéria de que cura a cláusula em apreço, terá esta que ser valorada na sua compatibilidade com o fim do contrato, à luz de argumentos teleológicos retirados, em primeira linha, do todo do regime típico; e, para lá destes, das demais normas e princípios do sistema que possam ser solicitadas em reforço da posição de ambas as partes – *vg.*, de protecção dos seus direitos fundamentais.

Em todo o caso, não se trata de um juízo fechado, mas de uma ponderação. E esta implica desde logo que se tenha em atenção o modo como esse quadro regulatório é mobilizado pelo concreto recorte das prestações principais. A recondução dos contratos aos tipos não é monolítica, havendo que alinhar o concreto contrato celebrado no plano do tipo, determinando se configura uma manifestação central ou periférica ou se deve ser reconduzido a um sub-tipo. Assim, por exemplo, o juízo atinente à exclusão da cobertura de despesas urgentes derivadas de um episódio agudo de doença pré-existente não será idêntico quando se trate de um seguro de saúde em viagem – postulando a utilidade da cobertura a sua inclusão – ou

Frame of Reference and existing EC Contract law, REINER SCHULZE (org.), Sellier, Munique, 2008, pp. 178-179), quer, adicionalmente, por colocar no mesmo patamar de gravidade um desvio, ainda que grosseiro, às boas práticas comerciais e a criação de desvantagens significativas para uma das partes (HORST EIDENMÜLLER, "Party autonomy, distributive justice and the conclusion of contracts in the DCFR", *ERCL* 2 (2009), pp. 129-130). Acresce que tal afastamento não convence autores como PHILLIP HELLWEGE, "Die §§ 307-309 enthalten zwei Formen der Inhaltskontrolle", *cit.*, p. 1136. Por um lado, porque os parâmetros alternativos oferecem menos garantias em termos de segurança jurídica – nem as cláusulas gerais ganham em concretezude, mais ainda num plano transnacional, antes de terem uma consistente concretização jurisprudencial, nem os usos do tráfico comercial são dotados de maior densidade, mais ainda atendendo ao seu carácter muitas vezes regional. Acresce que na base da aplicação alargada do Direito supletivo está uma presunção da sua justeza – presunção de que os usos do comércio não gozam.



quando se trate de um seguro de saúde privado e complementar da oferta do Serviço Nacional de Saúde, como o poderão ser os do nosso ordenamento⁴⁶.

Por outro lado, este mesmo carácter prudencial do juízo não implica que se aplique de plano toda a norma de Direito supletivo derogado – de outro modo, levar-se-ia este a factor de petrificação da evolução do sistema jurídico – ou que se atribua a mesma força vinculativa a todas essas normas. O Direito supletivo é aqui convocado por corresponder à diagonal da ponderação ajustada dos interesses em presença, e por, face às falhas de informação que rodeiam a contratação com recurso a ccg, corresponder a uma tutela objectivizada de expectativas face ao regime aplicável. Trata-se de um *juízo de grau: quanto maior o afastamento face ao Direito supletivo aplicável, maior a suspeita de inequidade*⁴⁷ – sendo, em todo o caso, de admitir que uma previsão que se afaste num sentido desfavorável do regime supletivo seja compensada pela inscrição de cláusulas de maior favor, em conexão material com aquela. De resto, estes fundamentos não se verificam quando o Direito supletivo em causa tiver meras funções de clarificação e de-

⁴⁶ Veja-se o ac. do BGH de 02.03.1994, IV ZR 109/93, que considerou contrária ao fim do contrato de seguro de saúde em viagem a cláusula que excluía a cobertura de riscos atinentes a doenças que estivessem já em estado agudo, sendo carecidas de tratamento, ainda antes do início da cobertura – já que, por um lado, o segurador não poderia eximir-se por esta via ao seu ónus de avaliar devidamente o risco; e, por outro, tal equivaleria a recusar a cobertura exactamente quando o segurado apenas a ela podia recorrer (cfr. sobretudo p. 1536).

⁴⁷ MICHAEL STÜRNER, *Der Grundsatz...* cit., pp. 118-119. Permanece sempre aberta a possibilidade de prova de que a regulação adoptada pelo contrato, conquanto se afaste da regulação supletiva, não tenha em menor consideração os interesses do cliente (JÜRGEN PRÖLSS, *I. Rechtsgrundlagen des Versicherungsvertrages*, cit., nm. 72; quanto ao que dizemos de seguida, relativamente à compensação de desvantagens, nm. 75).

soneração e o segurador tenha cumprido o seu ónus de tornar cognoscível o conteúdo do contrato ao segurado – pense-se, face ao art. 39.º do RJCS, na convenção, feita com transparência, segundo a qual o seguro produz efeitos a partir das 0 horas do segundo dia imediato ao da celebração⁴⁸.

Por último, relevam claramente, à face do nosso ordenamento, nos termos do art. 16.º, as circunstâncias específicas da contratação, atinentes à *protecção de expectativas, agora num plano concreto*, decorrente do teor das cláusulas inseridas no texto contratual, bem como de outras circunstâncias ligadas à contratação⁴⁹.

⁴⁸ Na Alemanha, a jurisprudência convoca em geral a distinção entre as normas dispositivas a que corresponda um conteúdo de justiça ("Gerechtigkeitsgehalt") e aquelas a que corresponda uma racionalidade estratégica ("Zweckrationalität"), considerando que a rigidez do Direito supletivo será tanto maior quanto maior o conteúdo de justiça da disposição derogada (WOLFGANG WURMNEST, § 307, cit., nm. 66). Trata-se de uma distinção controversa, considerada pouco transparente pela doutrina e que por isso tem por esta sido tentativamente densificada – veja-se já a doutrina alinhada em JAN SCHAPP, "Die Leitbildfunktion...", cit., p. 622. Parece-nos, porém, constituir uma coordenada útil, num juízo que, sendo de ponderação, não deverá ter-se por monólfico. Pouco probante nos parece, pois, a proposta de Schapp, que, considerando – bem – que o Direito dispositivo vigente a cada momento não pode levar à paralisia da evolução das práticas negociais, defende que apenas pode valer como parâmetro de controlo dos clausulados o Direito que possa ainda ter pretensões de vigência face ao carácter massificado das práticas negociais sob escrutínio, e não aquele a que subjaza o paradigma da contratação individualizada (pp. 624-625). Sem refutar a valia de uma interpretação teleológica das normas disponíveis, tomando em conta a sua pertinência face ao dito carácter massificado da contratação, parece-nos, por um lado, como resultou do exemplo dado em texto, que não deverá ser esse o único factor tido em conta na apreciação; e, por outro, que a conclusão pela dita pretensão de vigor do Direito supletivo face ao carácter massificado do negócio implicará possivelmente a transferência para um momento prévio do juízo de outros vectores atendíveis.

⁴⁹ Esta também se coloca a propósito dos contratos de seguro, não sendo de aceitar uma perspectiva como a de JÜRGEN PRÖLSS, *I. Rechtsgrundlagen des Versicherungsvertrages*, cit., nm. 79-85, que considera que o prejuízo desproporcional que, já em todo o espectro da apreciação de ccg, deve ser considerado de

Vemos agora a protecção de expectativas a operar num plano concreto, e não já objectivizado, o que torna patente o polimorfismo do *comando da transparência na utilização de cláusulas contratuais gerais*. Na verdade, quando “uma cláusula restringe ou suprime um efeito do contrato cuja produção o aderente pode legitimamente esperar, por corresponder à imagem comum do tipo contratual em causa”⁵⁰, tanto pode bastar a *tutela no plano do conhecimento*, assegurando

um ponto de vista generalizador, deve sê-lo decisivamente à face do contrato de seguro. Aqui, não seria portanto de atender às circunstâncias concretas da contratação. O autor faz desta sorte entrar – em linha de resto com a primazia que dá aos elementos técnicos na construção dogmática do contrato – a consideração dos interesses da comunidade de segurados, considerando que a limitação desadequada da cobertura só começa quando puser em causa as necessidades de um número preponderante de segurados. Com o argumento da defesa dos interesses da comunidade de segurados derrotar-se-ia o que resultaria da interpretação do Direito alemão à luz da Directiva; de resto, o autor considera que o segurado não ficaria aqui desprotegido, sendo tutelado no tocante às suas circunstâncias particulares em sede de inclusão das cláusulas no contrato. Porém, face aos argumentos legais, o autor parece afinal admitir que o controlo deva atender às circunstâncias concretas, se bem que limitadamente. Assim, apenas se deveria atender às circunstâncias concretas quando estas, mesmo numa análise tipificada, estivessem já na margem da desadequação, espelhando uma situação concreta de inferioridade do contratante. Quanto às necessidades especiais do segurado, só relevariam exactamente as que estivessem já para lá das fronteiras da “normalidade” e que se tivessem tornado aparentes no processo da conclusão do contrato, sendo reconhecíveis para o segurador. Poderiam de todo o modo ser feitas valer circunstâncias específicas da contratação mesmo quando desfavorecessem no caso o aderente face ao que seria o juízo resultante da análise tipificada – assim, quanto a ambos os aspectos, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, “Cláusulas...”, cit., pp. 92-93, salientando argumentos literais da Directiva para defesa do segundo. Face à especificidade que Prölss quer aqui conferir aos seguros, *privando o segurado de protecção quanto à confiança concretamente gerada no processo da contratação*, não vemos porque se há-de dar ao segurador essa possibilidade, libertando-o da especial diligência na formulação das cláusulas e contratação que a sua assinalável vantagem informativa nesta sede lhe confere (discordando também de Prölss, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, “Cláusulas...”, cit., pp. 92-93).

⁵⁰ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Economia...”, cit., pp. 975-976.

do a *representação do desvio do contrato face às utilidades contratuais normalmente esperadas*, como essa tutela não ser já bastante. Se, no primeiro caso, estamos ainda no plano da *tutela de inclusão*, no segundo estamos já em sede de *tutela de conteúdo*, vedando terminantemente a produção de efeitos pela cláusula que contrarie aquelas expectativas⁵¹⁻⁵². À face

⁵¹ A jurisprudência germânica tem tornado o controlo da transparência transversal a essas várias fases, colocando-a tanto no plano do controlo do conhecimento da generalidade do clausulado, como, ainda em sede de controlo da inclusão, na fiscalização do carácter surpreendente de uma cláusula particular, como ainda – e agora com distância face aos dados legais nacionais – em sede do próprio controlo do conteúdo; ao ponto de se verberar a perda de foco da invocação da transparência, “fórmula vazia” que acolheria puro casuísmo jurisprudencial (JÜRGEN BASEDOW, “Transparenz...”, cit., pp. 1045-1046; ALEXANDER BRUNS, § 307, cit., nm. 99, reportando-se criticamente à força expansiva do parâmetro). Tal força expansiva da apreciação da transparência no ordenamento alemão é mais bem compreendida quando relemburada aquela outra diferença face ao nosso ordenamento: a proibição de controlo de abusividade das cláusulas que configurem as prestações principais do contrato, que, vista à luz da Directiva, apenas recua quando tais cláusulas *não sejam claras e compreensíveis*. Foi esta última a porta de entrada para a apreciação do conteúdo das cláusulas que recortam as prestações principais, tendo aí grande relevância a jurisprudência bancária, especialmente a atinente às cláusulas de determinação dos juros no mútuo com hipoteca e a relativa às cláusulas de data-valor das operações – sobre a sua evolução, JOHANNES KÖNDGEN, “Grund...”, cit., pp. 944-946. O controlo efectuado foi, porém, um genuíno controlo da falta de equivalência entre as prestações (JÜRGEN BASEDOW, “Transparenz...”, cit., pp. 1049-1050, e jurisprudência analisada).

⁵² Assinale-se que o critério da transparência se tornou entretanto o eixo central do controlo dos clausulados no ordenamento jurídico francês, à luz do controlo das cláusulas de exclusão de riscos. O parâmetro é o da protecção das expectativas do segurado, *impondo que lhe sejam compreensíveis as condições nas quais está ou não está garantido*. A listagem de cláusulas de exclusão invalidadas pela jurisprudência superior francesa é elucidativa quanto ao carácter massivo da intervenção nos clausulados que se processa à sua sombra (Groutel in HUBERT GROUTEL, FABRICE LEDUC, PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 263 e ss.). Trata-se aqui tanto *cláusulas gerais e conceitos indeterminados*, de índole, portanto, jurídica, que se considera que o segurado não está em condições de precisar – como, no acórdão, de 8 de Outubro de 1974, que marca o início desta jurisprudência, a “inobservância indesculpável das *leges artis* – , como de *noções práticas tidas*



da sistemática por que optou o legislador do RJCS, o controlo da transparência, enquanto controlo atinente ao carácter surpreendente da cláusula, concerniria a aspectos meramente formais, nos termos do art. 8.º, c) do RJCCG. Os demais artigos que procedem à tutela da inclusão dão, porém, cobertura generalizada às hipóteses em que a falta de possibilidade por parte do segurado-aderente de tomar conhecimento do conteúdo do contrato *provém do facto de a cláusula contrariar as expectativas concretamente formadas no processo negocial*, tendo em atenção o concreto segurado e o risco de que se trata⁵³. Resta porém saber se, num sistema como o nosso que não

por muito abertas – “doenças ou acidentes ocasionados pelo alcoolismo”, “doenças sexualmente transmissíveis”, face a seguros de acidentes ou doenças, “valores”, ou o “deixar as chaves em qualquer lugar facilmente acessível do exterior”, face ao seguro contra roubo ou furto – ou *deveres de conduta recortados de um modo vago* – a exigência de que o segurado “zele como bom pai de família pela preservação e segurança do imóvel”, ou “adopte todas as precauções habituais e razoáveis para a segurança e conservação dos bens segurados”; a exclusão dos “danos resultantes da falta de reparações indispensáveis que incumbam ao segurado” – ; ou ainda *enumerações enunciativas* de circunstâncias não cobertas – “... ou outro problema lombar”, “...ou outros fenómenos naturais de carácter catastrófico”; como mesmo cláusulas que façam referência a regulação legal ou profissional de um modo tido como muito geral – como é o caso da cláusula que determina que o segurador poderá recusar a garantia em caso de uso de materiais de construção não convencionais, não conformes aos regulamentos em vigor; ou da cláusula do seguro de responsabilidade do promotor que exclua as consequências de operações deliberadamente levadas a cabo em infracção aos textos regulamentares aplicáveis a operações de construção.

⁵³ Usando os exemplos fornecidos por JÜRGEN BASEDOW, “Transparenz...”, cit., p. 1047, pense-se no caso do segurador que anuncia uma linha disponível 24 horas para apoio em caso de sinistro, que poderá suscitar confiança na suficiência desse contacto para a comunicação do sinistro.

A nossa jurisprudência tem, em sede seguradora, usado em considerável medida o controlo de inclusão para cassar cláusulas falhas de transparência do *clausulado*. No entanto, mesmo aí se ocultam na verdade duas abordagens diversas. De um lado, encontra-se a *fiscalização assente na relação jurídica em causa*, sendo o eixo colocado nas possibilidades de conhecimento da cláusula

tem que se haver com limites formais prévios quanto ao reduto

pela *contraparte concreta* do segurador. Sirva de exemplo o ac. do STJ de 26 de Novembro de 2002, Processo n.º 02A3560. Estava em causa a interpretação da cláusula de recorte primário do risco seguro que determinava o alcance da cobertura de danos causados por tempestade. No caso, o telhado dos segurados havia desabado em consequência de acumulação de neve causada por tempestade de neve, o que extravasa a definição contratual de tempestade. Não obstante, o TRC e, na sua senda, o STJ, vieram considerar que, de acordo com o horizonte de um declaratório normal colocado na posição dos reais declaratórios – residentes na Guarda, onde os nevões eram frequentes e o termo “tempestade” abarcava geralmente o sentido da tempestade de neve –, o termo em causa designaria também tempestades de neve. Como tal, *apartando-se do comum uso do termo, a cláusula deveria ter sido comunicada de modo a permitir o conhecimento efectivo do seu conteúdo*; não tendo tal ocorrido, deveria ter-se por expurgada (art. 8.º, a). Aqui, estamos perante o juízo individualizado típico da tutela de inclusão, sendo a falta de transparência aferida – e, como tal, havida por solucionável – à luz das possibilidades de conhecimento da cláusula em concreto. Nesta sede, se se pondera ainda a contrariedade à boa fé por defraudamento de uma *confiança legitimamente fundada face ao escopo contratual em causa*, finca-se o juízo nas representações que seriam razoavelmente formadas pelo concreto destinatário. No que, note-se, vai patenteada a pertinência da aplicação cumulativa dos dois parâmetros ínsitos no art. 16.º, nada impondo que esta ocorra de modo separado (aludindo a uma confiança face ao objectivo negocial, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema... cit.*, p. 412). Noutras hipóteses, o *tribunal finca-se claramente na falta de transparência construída em moldes tipificados*: contrária às expectativas do segurado será uma cláusula de “carácter anómalo, atento o tipo de contrato e os interesses que lhe subjazem”. Ao modo alemão, o carácter surpreendente da cláusula é referido também a circunstâncias inerentes *não a uma confiança concretamente suscitada*, mas sim à *discrepância entre o sentido esperado face ao tipo de contrato em causa e o clausulado*. Ora, aqui já estaríamos na verdade a operar em sede de tutela de conteúdo, *aferrindo do carácter abusivo da cláusula*. Sirva agora de exemplo o ac. do TRP de 27 de Fevereiro de 2014, Processo n.º 2334/10.7TBGDM.P1, pontos 3.1. e 3.3. Tratou-se aqui também de fundamentar a invalidade das – por várias vias verberadas e rejeitadas – cláusulas que definem a invalidez absoluta e definitiva de modo cumulativo como estado que se instala “quando, em consequência de doença susceptível de constatação médica objectiva, [a pessoa segura] fique total ou definitivamente incapacitada de exercer qualquer profissão e *necessite de recorrer, de modo contínuo, à assistência de uma terceira pessoa para efectuar os actos normais da vida diária*” (realçados nossos). A argumentação mais comum para fundar a expurgação deste tipo de cláusula é, porém, geralmente, fundada na tutela de validade, e não de inclusão. O TRP considerou que se trata aqui de uma cláusula-surpresa dado o seu “carácter

sobre o qual incide o controlo de conteúdo – sendo tais limites

anómalo, atento o tipo de contrato e os interesses que lhe subjazem", bem como o facto de figurar em local pouco explícito do mesmo contrato. Interpreta-se o art. 8.º, al. c), do RJCCG, de modo diverso ao que vem indiciado pelas referências da dita alínea apenas a aspectos da apresentação externa do contrato. Quanto ao "carácter anómalo [da cláusula], atento o tipo de contrato e os interesses que lhe subjazem", o acórdão considera que o alcance normal da invalidez não implica a sobredita necessidade de recorrer, de modo contínuo, à assistência de uma terceira pessoa para efectuar os actos normais da vida diária. O sentido desta cláusula não pode deixar de ser considerado à face do sentido do contrato em que se insere, que é o de reforçar a garantia de pagamento: se se pretende garantir o credor, então o sentido de invalidez que se compatibiliza com tal escopo é o da que impede o segurado de exercer uma profissão e auferir rendimento. Com bem salienta o aresto do TRP, o facto de o segurado necessitar ainda de auxílio para a prática do cuidado quotidiano da sua pessoa é totalmente irrelevante do ponto de vista do credor. O aresto não chega a aferir da validade material da cláusula, já que considera que esta sucumbe logo em sede prévia, não chegando sequer a integrar o contrato. Considerando-se aí, porém, que essa segunda parte da cláusula não é mais "do que um artifício pelo qual a seguradora, predisponente da cláusula, intenta sub-reptícia e encapotadamente restringir o alcance da cobertura do seguro", possivelmente viria esta a ser considerada incompatível com a boa fé contratual. Discorre-se, porém, em sede prévia: defende-se aí que a ordem jurídica portuguesa não pode deixar de atender, no âmbito do controlo da transparência atinente ao carácter surpreendente das cláusulas, e tal como a ordem jurídica alemã, ao conteúdo do contrato, e não apenas ao seu aspecto externo. Não poderia deixar de ser assim, porque as discrepâncias entre o sentido geral do contrato e o de uma cláusula que se mostrasse face a ele anómala não seriam menos aptas a impedir a cognoscibilidade das ditas cláusulas do que questões atinentes ao aspecto externo do clausulado. Como tal, não poderia nuns casos dar-se a cláusula como integrante do contrato e noutros dá-la à partida por não integrada, quando em ambos estivesse em causa a não percepção das cláusulas em questão. Seria, segundo o aresto, incoerente apodar de meramente conteúdoístico um vício que advinha exactamente dos obstáculos colocados pelo sentido da cláusula à possibilidade da sua percepção: tal equivaleria a dar a cláusula como integrante do contrato para afinal lhe negar validade por não estar em condições de ser percebida. Critica-se, assim, o pensamento de Sousa Ribeiro, quando o autor reduz o controlo do carácter surpreendente da cláusula, conforme o art. 8.º, al. c), do RJCCG, apenas à apreciação do seu aspecto externo. No caso, além do aspecto material atinente ao dito carácter anómalo da cláusula face ao sentido do contrato, o seu carácter surpreendente era ainda fundado nas questões formais de esta ser parte de uma disposição incluída em local secundário do contrato, como cláusula complementar, entre as condições especiais da apólice.

teleologicamente traçados pela doutrina e jurisprudência –, há ganhos em dar ao parâmetro da transparência um papel autónomo *em sede de controlo de conteúdo*.

Pensada a falta de transparência enquanto *frustração das expectativas objectivas que legitimamente se colocam face ao tipo contratual ou ao concreto contrato*⁵⁴, dir-se-ia que não vem aí acrescentar algo de substancial ao controlo da equivalência, que dá verdadeiramente o conteúdo ao juízo. Já pensada a falta de transparência enquanto *indiscernibilidade*,

Trata-se, como começámos por dizer, de um critério com virtualidade explicativa das situações de contradição entre o sentido da regulação padronizada e o teor da cláusula: pensadas as expectativas do aderente de modo objectivo, face ao tipo, pode dizer-se que estas são num juízo abstracto defraudadas em situação de desequilíbrio. Porém, levar este *género de controlo, abstracto e tipificado*, para o momento da tutela da inclusão, é pôr tal tutela em condições de engolir a tutela contenciosa – que é a que dispõe dos instrumentos metódicos necessários a operar a aferição e causa.

⁵⁴ Vimos na nota anterior exemplos do juízo de frustração de expectativas face às concretas circunstâncias da contratação (considerado o horizonte interpretativo de um declaratório normal colocado na posição do real declaratório, atenta a sua geografia), bem como face ao sentido e fim do tipo contratual, visto o risco a cuja cobertura se procede. Resta acrescentar a estas hipóteses aquelas, muito debatidas na doutrina alemã, relativas aos casos em que uma cláusula ancilar ou lateral vem "modificar substancialmente a relação de valor entre ambas" as atribuições contratuais, contrariando já não uma norma de direito objectivo, mas "a conformação autonomamente fixada pelo utilizador para o núcleo essencial do contrato" (JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 407 e ss.). Também aqui é tanto a confiança colocada em dado conteúdo contratual, como a finalidade visada com o contrato, que são postas em causa. Note-se que, nestas hipóteses, vindo a frustração de expectativas de aspectos atinentes à sistemática contratual, encontramos-nos em terreno parcialmente coincidente com o da tutela em sede de inclusão. Um exemplo de casos com este recorte em sede seguradora decorre do ac. do STJ de 2 de Junho de 2015, Processo n.º 109/13.0TBMLD.P1.S1, em que se considerou, perante o risco de invalidez, que a cláusula que excluía a cobertura em caso de doença psiquiátrica, encontrando-se prevista entre um bloco de cláusulas de exclusão atinentes a condutas da pessoa segura ou a eventos anormais, deveria ser tida como cláusula-surpresa, por passar facilmente despercebida a um sujeito colocado na posição do aderente.

para o aderente, do conteúdo dos direitos e deveres contratuais, aparta-se o seu juízo mais decisivamente do controlo central da equivalência. E não se esgota, também, no controlo em sede de inclusão – pode ter sido cumprido o ónus de levar o clausulado ao conhecimento do aderente, mas, dada a *própria indeterminação do conteúdo das cláusulas, não ser possível extrair destas, a priori, a totalidade dos seus efeitos prospectivos*. Trata-se de uma questão especialmente apta a levantar-se em sede de contratos duradouros, onde o *uso de cláusulas de Tatbestand aberto* surge como válvula de ajustamento do contrato às alterações na realidade subjacente.

Ora, em sede de controlo de conteúdo, este juízo de falta de transparência poderá revelar utilidade na concretização de atentados à equivalência entre as atribuições, já que a *falta de transparência encapota ou permite essa mesma falta de equivalência*. Num caso extremo, é isso que ocorre quando o conteúdo da cláusula em apreço se tornar, para o aderente, indeterminável ao ponto de a cláusula *atribuir ao predisponente total discricionariedade na conformação futura dos direitos e deveres do cliente*⁵⁵. Em termos mais gerais, a falta de trans-

⁵⁵ Cfr., na nossa jurisprudência, o ac. do STJ de 24 de Abril de 2014, Processo n.º 6659/09.6TVLSB.L1.S1, que considerou que a cláusula que fazia depender o reconhecimento da situação de invalidez total e permanente da sua confirmação por um médico da seguradora, para além da sua certificação perante junta médica, favorece excessiva e desproporcionadamente a posição da Seguradora, predisponente, já que não havia razão compreensível para essa exigência, e que além disso punha a final a decisão sobre efectuar ou não a prestação nas mãos do segurador, que seria “juiz em causa própria”. Em geral, cfr. JÜRGEN BASEDOW, “Transparenz...”, cit., pp. 1050-1051, 1054. O autor considera, em sede de controlo de conteúdo, que o parâmetro é o da equivalência entre as prestações. De resto, é inevitável a incompletude contratual em relações duradouras, podendo sempre apodar-se de intransparentes cláusulas de contratos duradouros, como os de seguros, que se determinam sucessivamente por circunstâncias futuras – vg., a

parência mostra ainda aptidão a *colidir com a preservação do sentido e fim do contrato, não permitindo ao aderente determinar as utilidades que dele retira*. Trata-se de incidência que colhe a maior importância no contrato de seguro.

Com efeito, o escopo do contrato de seguro prende-se com a transferência de um risco em termos materiais, de modo a permitir ao sujeito *saber que terá os meios necessários a afrontar consequências desfavoráveis que um evento futuro é apto a produzir na sua esfera*. Esta *vertente prospectiva da transferência do risco* é decisiva: *o contrato não deixa de cumprir a sua finalidade ainda que o sinistro não venha a ocorrer*. O contrato visa, sim, *à garantia da imunização da sua esfera face a eventuais consequências desfavoráveis de eventos incertos* – visa, portanto, *à segurança, ou, se se quiser, à possibilidade de planificação económica dos sujeitos*. Ora, esta possibilidade impõe *especiais garantias de certeza* quanto ao alcance da cobertura adquirida, sob pena de a *“aquisição de segurança”* entendida se ver esvaziada. É aqui que o comando da transparência surge no papel de guarda avançada do cumprimento da finalidade do contrato, *sendo indispensável a tal aquisição de segurança a cognoscibilidade da extensão da cobertura oferecida*. Tal não passa, porém, sem *ponderação com as exigências justificáveis de consagração de cláusulas gerais e conceitos indeterminados nos clausulados* – não só porque sem estes não é sequer possível a delimitação do risco ou a adaptação de um contrato

exigência de cumprir regulamentos depende dos que valerem a cada momento. Aqui, urge precisar o que se entende por transparência e falta dela. Segundo o autor, apenas teremos uma ofensa relevante à transparência quando a cláusula atribuir ao predisponente total discricionariedade na conformação futura dos direitos e deveres do cliente (pp. 1051, 1054).



muitas vezes duradouro à realidade subjacente; mas porque, na sua interpretação, o segurado sempre beneficiará da tutela da interpretação mais favorável ao aderente⁵⁶.

Para lá deste parâmetro geral, na concretização do *sentido e finalidade dos contratos de seguro*, tem uma particular força reitora a ideia de que se trata da preservação da distribuição de riscos própria do contrato. Esta deve ser perspectivada, como dissemos acima, face à *concreta manifestação do tipo posta em marcha – face ao concreto risco a cuja cobertura se pretendeu proceder*⁵⁷⁻⁵⁸⁻⁵⁹. Tratando-se aqui da

⁵⁶ MANFRED WANDT, "VVG § 28 Verletzung einer vertraglichen Obliegenheit", *MÜKo VVG, I*, THEO LANGHEID, MANFRED WANDT (org.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (25.02.2012), nm. 30.

⁵⁷ ALEXANDER BRUNS, § 307, cit., nm. 115.

⁵⁸ O art. 45.º, n.º 1, RJCS, na linha do que resultava já do art. 9.º do RJT (tido por imperativo – PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, "Cláusulas contratuais gerais e cláusulas de limitação ou de exclusão da responsabilidade no contrato de seguro", *Sc. Iur.* 306 (2006), p. 253), determina que as condições gerais e particulares do contrato de seguro *não podem modificar a natureza dos riscos cobertos, tendo em conta o tipo de contrato de seguro celebrado*. Ao abrigo do art. 13.º, n.º 1, trata-se de norma semi-imperativa – o que, dentro dos limites colocados pelas normas de supervisão, é compatível com uma possibilidade de conformação transparente da cobertura. Esta norma não exprime, porém, tudo o que dizemos em texto: na preservação da distribuição dos riscos própria do contrato, vai compreendido mais do que a hipótese extrema em que o contrato passa a cobrir outro risco – vão nela também compreendidas as hipóteses em que se altera o *quantum* do risco coberto, sem que a sua qualidade se altere.

⁵⁹ Não nos parece aqui probante apelar ao art. 21.º, e), do RJCCG, que tem por absolutamente proibidas as cláusulas que alterem a distribuição do risco contratual. Trata-se, conforme nos dá conta ANA PRATA, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 493, de norma de inspiração francesa, mas que é actualmente uma originalidade no Direito comparado mais próximo. Trata-se de norma que carece de uma interpretação cuidada, sob pena de, por força da polissemia do conceito de risco no Direito, tragar grande parte dos clausulados – como assinalámos já, toda a criação de deveres laterais no contrato gera uma redistribuição de riscos contratuais. Acresce que, estando

concretização de um juízo de proporcionalidade, a análise é gradativa: quanto mais a cláusula em questão comprimir a cobertura do risco pactuado, à luz da medida de tal cobertura necessária ao efeito útil da cobertura, mais a cláusula é suspeita de colocar em perigo a finalidade do contrato – não sendo de resto necessário que inviabilize totalmente esta finalidade, mas só que a coloque em risco, para que mereça censura.

Na matéria do controlo da legitimidade das cláusulas de delimitação do risco no contrato de seguro, a jurisprudência nacional tem, aliás, sido pródiga na mobilização destes parâmetros. É, por exemplo, à sua luz que têm sido invalidadas as cláusulas dos seguros contratados para garantia de crédito que cubram riscos de invalidez, quando o preenchimento dos pressupostos da invalidez requeira a impossibilidade de subsistência funcional sem o apoio de terceira pessoa. Considera-se tal descrição *demasiado restritiva face ao escopo do contrato, que é o da cobertura do risco de ficar economicamente impossibilitado de solver o contrato de mútuo*, e, retira-se daí a consequência da sua nulidade⁶⁰. Já não seria assim, claro está, se se tratasse exactamente de um seguro de dependência.

inserida no elenco das cláusulas absolutamente proibidas, esta seria avessa a uma ponderação no plano do quadro negocial padronizado, sendo alvo de um desvalor abstractamente pressuposto pelo legislador (ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 386-f; ALMENO DE SÁ, “Lei...”, cit., pp. 38-39). Não é, pois, este o parâmetro para demarcar os limites à possibilidade de conformação do risco tomado pelo segurador através da criação de exigências de conduta, em face da manifestação do contrato de seguro em causa.

⁶⁰ Trata-se, recorde-se, por exemplo, do ac. do STJ de 7 de Outubro de 2010, Processo n.º 1583/06.7TBPRD.L1.S1; ac. do STJ de 27 de Maio de 2010, Processo n.º 976/06.4TBOAZ.P1.S1 (sumário); mais recentemente, ac do TRL de 26 de Fevereiro de 2013, Processo n.º 411/10.3TBTVD.L1-7.

Numa última nota, diga-se que, curando-se aqui de mobilizar o *parâmetro geral* de controlo do carácter abusivo da cláusula, o juízo vale quer o aderente seja um consumidor, quer actue como profissional. Não obstante, tal aferição deverá ser modulada em atenção à maior capacidade de que disponha o aderente empresarial, em atenção ao círculo negocial a que pertença⁶¹. Diferentes círculos negociais têm diferentes interesses e necessidades de protecção, que podem compensar um maior afastamento em relação ao modelo legal, desde que assegurada a devida transparência do clausulado.

Lembre-se, por fim, que, mesmo entre os seguros de grandes riscos, onde a generalidade das normas do RJCS tem carácter supletivo, estas não perdem o seu papel de referente – a sua supletividade seria, como visto, relativizada pelos riscos envolvidos pela contratação com recurso a ccg⁶².

⁶¹ MANFRED WOLF, "BGB § 307 Inhaltskontrolle", in *AGB-Recht Kommentar*, MANFRED WOLF, WALTER F. LINDACHER, THOMAS PFEIFFER (org.), C. H. Beck, Munique, 2009, pp. 316-318.

⁶² HARRY SCHMIDT, "Allgemeine Versicherungsbedingungen", in *AGB Recht Kommentar*, PETER ULMER, HANS E. BRANDNER, HORST-DIETHER HENSEN (org.), Dr. Otto Schmidt, Colónia, 2011, p. 1774, salientando que as normas semi-imperativas da VVG fornecem o padrão de apreciação também para grandes riscos.

A CONSTITUIÇÃO DA HIPOTECA E O REGIME DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS: HÁ UMA MISSÃO ATRIBUÍDA AO CONSERVADOR¹?

Margarida Costa Andrade, Assistente FDUC

Afonso Patrão, Assistente FDUC

Sumário: O presente trabalho procura delinear o papel do conservador, perante um pedido de inscrição de hipoteca voluntária, na aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais. Nessa medida, os autores identificam casos onde a constituição de hipoteca ou do crédito garantido assenta num contrato de adesão, discutindo em que medida pode o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais impedir a aceitação do registo definitivo da hipoteca.

Palavras chave: Hipoteca; Cláusulas contratuais gerais; Conservador; Registo Predial; Contrato de Adesão.

¹ O presente texto baseia-se na prelecção que os autores apresentaram no X Seminário Luso-Brasileiro e Espanhol de Direito Notarial e Registral, ocorrido em Madrid nos dias 1 e 2 de Dezembro de 2015, subordinada ao tema “A *qualificação do contrato de constituição de hipoteca no âmbito da protecção do consumidor*”. Por esta razão, o texto assume um tom coloquial e afasta-se de discussões de pendor dogmático, atento o objectivo que presidiu à sua elaboração.

Foram apenas adicionadas, em nota de pé de página, algumas considerações de índole explicativa, sobre certos conceitos utilizados na apresentação.

Abstract: This paper seeks to outline the role of the registrar concerning the Portuguese law on contractual standard terms, in the context of a mortgage registration. The Authors point out cases where the creation of a mortgage is sustained in a pre-formulated standard contract and they discuss to what extent the legal framework of general contractual clauses shall prevent the acceptance of the mortgage by the Land Registry official.

Keywords: Mortgage; Contractual standard terms; Registrar; Land Registry; Pre-formulated standard contract.

1. Identificação do problema: os contratos de adesão e o conservador

1. O problema a que pretendemos dedicar-nos nesta exposição é o de saber se ao conservador, no quadro da sua missão de garante da legalidade inserido num sistema de *justiça preventiva*², cabe alguma função quando lhe seja presente um negócio de constituição de hipoteca³ que esteja

² Sobre o estatuto parajudicial do conservador e missão pública desempenhada pelas autoridades tabulares, cfr. J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, "O estatuto do conservador", *Boletim dos Registos e do Notariado*, n.º 4 (Abril) — Anexo, 2003, pp. 1-15, pp. 2ss, e "O registo imobiliário — necessário instrumento do progresso económico-social", *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 237-257, p. 247; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, "Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 530, 1979, pp. 75-183, pp. 113ss.

³ Assim, o nosso trabalho incide exclusivamente quanto à constituição de *hipoteca voluntária*, deixando de lado o pedido de registo de *hipotecas judiciais* e de *hipotecas legais*. Com efeito, nesse domínio não haverá um negócio hipotecário, perdendo sentido a aplicabilidade do regime das *cláusulas contratuais gerais*.

sujeito à *lei das cláusulas contratuais gerais*. De outro modo: se o contrato hipotecário que lhe é presente constituir um *contrato de adesão*, o problema que concitamos é o de saber em que medida pode o conservador decidir o pedido de registo controlando também a conformidade do negócio com aquele regime de protecção do *aderente*.

Antes de a ele nos dedicarmos cabem, porém e necessariamente, algumas considerações introdutórias.

2. No direito português, o regime jurídico da protecção do consumidor é disperso, heterogéneo e destituído, ainda, de um tratamento sistemático em vestes de Código. De facto, o legislador nacional tem intervindo com diplomas avulsos em várias áreas em que a protecção do consumidor se mostra mais premente — como é o caso, e a título ilustrativo, do comércio electrónico, das garantias na compra e venda de bens de consumo, da informação alimentar ao consumidor, do livro de reclamações, de diversos serviços turísticos, dos cartões de crédito, etc.. Em 1996, foi inclusivamente publicada uma Lei de Defesa do Consumidor, cuja definição de consumidor assumiu o estatuto de referência legislativa e que utilizaremos igualmente como suporte no âmbito deste trabalho. Consumidor é, então, *“todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”*⁴.

⁴ Cfr. artigo 2.º da *Lei da Protecção do Consumidor*, aprovada pela Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho.

Porém, a lei que ainda vem assumindo um âmbito de protecção mais abrangente é a dos contratos de adesão, modo de contratar particularmente usado, não só, mas quase sempre, numa relação entabulada entre fornecedor de bens e serviços profissional e consumidor. É, então, o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (já três vezes alterado, especialmente para transposição de várias directivas europeias sobre protecção do consumidor)⁵ que servirá de pedra de toque a este trabalho.

Este diploma, embora seja conhecido como *lei das cláusulas contratuais gerais* é, na verdade, uma *lei sobre contratos de adesão*. Isto porque as normas nele contidas não disciplinam apenas aqueles casos em que, com o objectivo de uniformização das relações jurídicas, o clausulado contratual é *pré-disposto* por uma das partes (*unilateralidade*), que à outra não concede oportunidade para alterar (*rigidez*), com *indeterminação* quanto ao destinatário e apto a servir de leito normativo para todas as relações jurídicas que serão entabuladas entre o proponente e o aderente (*generalidade*)⁶. Antes, o nosso legislador foi mais além (ou, se se quiser, dependendo da perspectiva, ficou mais aquém, porque abriu a objectiva). Isto porque optou por fazer actuar o mesmo regime jurídico

⁵ Até à data, o diploma sofreu três alterações: as duas primeiras (pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho) dirigiram-se essencialmente à transposição de algumas normas da Directiva n.º 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril (relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores); uma terceira modificação (pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro) apenas converteu os valores pecuniários a que se referia o diploma (em matéria de sanções e de valor da acção inibitória) para a nova moeda.

⁶ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, vol. I, 2002, cap. 3.



assim que se vissem reunidas aquelas três primeiras características (pré-disposição, unilateralidade e rigidez), caso em que falamos de *contratos de adesão*, porque a liberdade de contratar de uma das partes se manifesta tão-somente com uma declaração de vontade de aceitação ou de rejeição⁷, ou, de outro modo, em que a aceitação surge como “*um mero requisito necessário para esta vontade unilateral (do predisponente) se desentranhar em eficácia jurídica*”⁸.

3. Os principais problemas levantados pelos contratos de adesão podem organizar-se em três planos: o do consentimento (i), o do conteúdo (ii) e o processual (iii)⁹.

Quanto ao primeiro plano (consentimento), muito sinteticamente, o que releva é o escopo de assegurar que são mitigados todos os riscos de desconhecimento das cláusulas

⁷ O art. 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85 não deixa margem para dúvidas quanto ao âmbito da sua aplicação. Se, no n.º 1, o legislador afirma pretender que as normas nesse diploma se apliquem “às cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar”; logo no número seguinte se lê que o diploma se aplica “igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo, previamente elaborado, o destinatário não pode influenciar”. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O novo regime jurídico...”, cap. 3. Sobre a noção de cláusulas contratuais gerais vide ainda JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais e o Paradigma do Contrato*, Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Vol. XXXV, Coimbra, 1990, pp. 123ss.

⁸ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, “Contratos de adesão (Uma manifestação jurídica da moderna vida económica)”, *RDES*, ano. XX, n.ºs 2-3-4, 1973 (separata), p. 126

⁹ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O novo regime jurídico...”, cap. 4, e *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 1985, p. 386-a. Nesta descrição introdutória do regime jurídico dos contratos de adesão seguimos de muito perto as posições já por diversas vezes partilhadas por este Autor (por exemplo, nos dois trabalhos acabados de citar).

contratuais aceites pelo aderente, riscos estes que são, naturalmente, inerentes a esta especial forma de contratação. Estabelece a lei, por isto, que, para que se possa afirmar um real, efectivo e completo acordo do aderente, especiais deveres se impõem ao proponente nos arts. 5.º e 6.º: *dever de comunicação do clausulado*, íntegra, adequada e atempadamente prestado; e *dever de informação*, de acordo com as circunstâncias, dos aspectos cuja aclaração se justifique. Obrigações que, não cumpridas, implicam, por regra, a exclusão das singulares cláusulas afectadas, tal como sucederá com as cláusulas que, pela *apresentação gráfica*, passem despercebidas ou que foram *inseridas no contrato depois da assinatura* de algum dos contratantes (art. 8.º). Só assim não será se o resultado final se revelar *insuprivelmente indeterminado em alguns dos seus essenciais aspectos* ou se se instalar entre as prestações um *desequilíbrio que seja gravemente atentatório da boa fé*, casos em que *todo o contrato* estará ferido de nulidade.

O objectivo principal do legislador, no plano do conteúdo, é o de assegurar que não são integradas no contrato *cláusulas abusivas*. A ele nos dedicaremos mais atentamente dentro em pouco.

E, finalmente, o legislador prevê uma forma de controlo própria, agora, *das cláusulas contratuais gerais*, considerando ser o normal controlo judiciário insuficiente e inadequado para lidar com a massificação contratual, já que ele, por um lado, actua *a posteriori* e, por outro, tem os seus efeitos limitados ao caso concreto. Então, detectada que seja uma cláusula abusiva num qualquer formulário contratual, mesmo que ainda não tenha sido usado pelo proponente, pode ser intenta-

da uma acção *inibitória* para que tal cláusula, *pro futuro*, seja retirada do clausulado usado ou projectado pelo proponente (cfr. arts. 25.º e ss.).

4. Aproximando-nos do nosso tema, podemos já afastar dos olhos do que diga respeito ao controlo do consentimento livre e esclarecido do aderente. É evidente que a relevância da função registal só *eventualmente* se manifestará nos segundo e terceiro planos, porquanto não é possível ao conservador (nem cabe às suas atribuições) verificar se a declaração negocial do aderente corresponde à sua vontade, livremente formada. Essa preocupação, a existir no quadro hipotecário, é perseguida pelo legislador quando obriga a certa *formalidade negocial* na constituição da hipoteca, prescrevendo alternativamente a *escritura pública* (onde o notário, titular, redige o documento negocial depois de recolher a vontade das partes)¹⁰ ou o *documento particular autenticado*

¹⁰ A exigência da *escritura pública*, forma negocial típica dos sistemas que adoptam o figurino do notariado latino, tem um intuito de segurança jurídica predial, porquanto a sua redacção é cometida a um oficial público imparcial (jurista qualificado) que, com o escopo de prevenção de conflitos futuros sobre a validade ou sentido das cláusulas negociais, recolherá a vontade das partes, conformará os seus intuitos ao ordenamento jurídico e produzirá um documento não apenas *formalmente* válido como *substancialmente* controlado. Nessa medida, a lei confere *fé pública extrajudicial* e *valor probatório pleno* a tais documentos e reserva ao Estado o poder da investidura notarial.

O tabelião é um oficial público a cujos documentos a lei confere uma eficácia especial (até executiva), já que assegura, "*mediante a assessoria ou conselho, [...] que a vontade das partes, vertida no documento, satisfaça as condições necessárias para a produção dos efeitos previstos na lei e pretendidos pelos particulares*". Isto é, a função do notário gera segurança documental, derivada da eficácia especial que a lei confere ao documento autêntico e da manutenção do original em arquivos públicos, e segurança substancial, resultante do controlo de legalidade que opera ("*incapacidades, erros de direito ou de*

sujeito a depósito electrónico, previsto e regulado pelo Decreto-Lei n.º 116/2008 (caso em que o negócio, em documento particular, é presente a uma entidade com funções notariais que o autentica, depois de verificada a legalidade e de lhe ser confirmado pelas partes o respectivo conteúdo)¹¹.

facto, coacções encobertas, fraudes à lei, e, eventualmente, reservas mentais e simulações, absolutas ou relativas"), em virtude da qual dá fé ao documento por si produzido. É neste contexto que se fala na coexistência na pessoa do notário de um *officium publicum* (que certifica e autoriza) e de um *officium civile* (profissão jurídica de perícia legal), duplo papel que justifica o *numerus clausus* de notários e nomeação estadual destes oficiais. Cfr. Parecer do Conselho Técnico da DGRN n.º 76/92, relatado por MOUTEIRA GUERREIRO, p. 9; MÓNICA JARDIM, "A segurança jurídica preventiva como corolário da actividade notarial", *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O Notariado do Século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 193-202, p. 114, e "A privatização do notariado em Portugal", *Revista de Direito Imobiliário*, n.º 58, 2005, pp. 278-300, p. 284; RUI MARCOS, "Ars Notariae", *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO E RUY DE ALBUQUERQUE (org.), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 795-804, p. 800; J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, "A actividade notarial e registral na perspectiva do direito português", *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 291-323, p. 322; *Ensaio sobre a Problemática da Titulação e do Registo à luz do Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 101; "Formalizar, desformalizar, desburocratizar, simplificar nos registos e no notariado: quid iuris?", *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 465-491, p. 474; DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, Vol. I, Introdução e Parte Geral, Almedina, Coimbra, 2008, p. 228; GEORGES A. L. DROZ, "L'activité notariale internationale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 280, 1999, pp. 9-133, pp. 24 e 28; JONATHAN FITCHEN, "Authentic instruments and european private international law in civil and commercial matters: is now the time to break new ground?", *Journal of Private International Law*, vol. 7, n.º 1, 2011, pp. 33-100, p. 37; FRANCESCO CARNELUTTI, "La figura giuridica del notaro", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno IV, 1950, pp. 921-930, p. 925ss; MARIE GORÉ, "L'acte authentique en droit international privé", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1998-1999, pp. 23-48, p. 25; BENITO ARRUÑADA, "The economics of notaries", *European Journal of Law and Economics*, vol. 3, n.º 1, 1996, pp. 5-37, p. 5.

¹¹ Como é sabido, desde o Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, o legislador atenuou as exigências de forma: se até aí o sistema pátrio subordinava a validade substantiva dos negócios constitutivos de direitos reais sobre imóveis à

E rapidamente descartaremos também o plano proces-

sua formalização em documento público, passou a bastar-se, desde 1 de Janeiro de 2009, com *documento particular autenticado* junto de entidades legalmente determinadas (notários, conservadores, advogados, solicitadores e câmaras de comércio e indústria) e *depositado electronicamente*.

Nessa medida, uma leitura menos atenta permitiria concluir pela inexistência de controlo da validade dos negócios hipotecários assim titulados. Efectivamente, o *termo de autenticação* é um acto notarial que resulta da confirmação presencial da vontade das partes perante uma das entidades legalmente designadas, pelo que no tradicional *documento particular autenticado* regulado no Código do Notariado (art. 150.º), a entidade autenticadora do documento particular apenas certifica que a vontade das partes é aquela que expressam no título, mas não averiguará da legalidade do negócio.

Importa questionar esta primeira impressão. Com efeito, o *documento particular autenticado que titula a constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis* não é igual a qualquer documento a que é aposto o termo de autenticação (caso em que o autenticador apenas confirma a declaração das partes sem controlar o conteúdo do negócio), determinando o legislador um controlo de legalidade a desempenhar pelo autenticador. Esta tem sido a jurisprudência firmada pelo Conselho Técnico do Instituto dos Registos e Notariado (IRN), que determinou no Parecer relativo ao proc. n.º 67/2009, que “a entidade autenticadora deverá no momento da autenticação apreciar os requisitos de legalidade do acto, devendo recusar a autenticação do documento se o acto nele «incompletamente titulado» for nulo [cfr. art. 173º, nº 1, a], do C.N.] ou se tiver sido violada norma imperativa que no momento da autenticação não possa ser observada (v.g., norma atinente ao princípio da legitimação). Como deverá advertir as partes se o acto for anulável ou ineficaz (cfr. art. 174º do C.N.). Cremos mesmo ser de entender que esta norma exige à entidade autenticadora que explique às partes o próprio conteúdo do documento (apenas) por elas assinado (e não apenas o conteúdo do «termo de autenticação», como no «vulgar» termo de autenticação — cfr. arts. 46º, nº 1, l), e 151º, nº 1, do C.N., e parecer emitido no Pº C.P. 81/2009 SJC-CT)”. Isto é, considera-se que o documento translativo de direitos reais sobre imóveis é, no que concerne à obrigação de controlo da validade substantiva, um acto similar à escritura pública, atribuindo ao autenticador a responsabilidade pela verificação da sua legalidade. No fundo, e como claramente se diz no Parecer do Conselho Técnico relativo ao proc. n.º 81/2009, não se trata aqui do *mesmo documento particular autenticado* que se prevê no Código do Notariado, mas de “*uma nova forma legal de declaração negocial*”.

O argumento decisivo para esta conclusão retira-se da norma do art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, que obriga a que o documento a autenticar revista os requisitos legais a que estão sujeitos os negócios sobre imóveis (como o princípio da legitimação — art. 9.º do CRPred.). O cumprimento des-

sual, pois que o conservador não pertence ao rol de sujeitos a que o legislador reconhece legitimidade processual activa para intentar uma acção inibitória — ela cabe apenas às associações de defesa do consumidor, às associações sindicais, profissionais ou de interesses económicas actuando no âmbito das suas atribuições e ao Ministério Público (art. 26.º). Sobre-nos, então, o plano do conteúdo.

4. Que papel pode, então, o conservador do registo predial assumir nesta matéria? Naturalmente, é possível que o cumprimento de um crédito constituído por contrato de adesão seja garantido por hipoteca. Aliás, desde a reforma de 2008, o facto de se passar a admitir a constituição de direitos reais sobre imóveis através de *documento particular autenticado* conduz a que o *próprio negócio hipotecário* possa ser um contrato de adesão. Cabe ao conservador fazer o controlo da legalidade do *negócio hipotecário* por recurso ao regime jurídico dos contratos de adesão uma vez que verifique que nele uma das partes apenas interveio com uma declaração de aceitação do clausulado rígida e previamente elaborado pela contraparte?

A resposta só pode ser *afirmativa*. Porém, e antecipando conclusões futuras, não se chegará tão longe quanto à primeira vista poderá parecer.

te comando implica que a entidade autenticadora capte as vontades negociais e recuse a sua autenticação quando aqueles requisitos não constem do documento particular, *controlando assim a legalidade do negócio* e constituindo esta uma *condição da autenticação*. Para mais desenvolvimentos, cfr. AFONSO PATRÃO, "A aplicação internacionalmente ampliada das regras de notariado latino nos negócios imobiliários", *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. II, Tribunal Constitucional, Lisboa, 2016, pp. 551-609, pp. 573ss.

2. Questão prévia: os poderes do Conservador quanto ao *negócio de crédito*.

2.1. Razão de ordem.

5. A delimitação dos poderes do conservador no controlo do cumprimento da *lei das cláusulas contratuais gerais* nos negócios de constituição de hipoteca depende da solução de uma questão prévia. Sendo a hipoteca um *direito real acessório* (quer no sentido de que está funcionalmente ligado à protecção de um outro direito, quer no de que a sua existência, validade e âmbito está dependente deste direito que serve)¹², importará saber até onde vai a obrigação de contro-

¹² Tradicionalmente, são reconhecidas *três dimensões* ao princípio da acessoriedade.

Em primeiro lugar, a dependência genética e extintiva (a que nos referimos no texto), pelo que a sorte da garantia é o fado do crédito garantido. Assim, se o crédito for nulo ou se se extinguir, a hipoteca também será nula ou também se extinguirá, *ainda que o registo não seja cancelado*. Da mesma forma, a hipoteca só garantirá o crédito na importância que este tiver ao tempo da execução, não obstante ser inscrita por um valor superior (cfr. MÓNICA JARDIM, MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO, *80 Perguntas sobre a Hipoteca Imobiliária*, Coimbra Editora — CENoR, Coimbra, 2015, p. 55, e AFONSO PATRÃO, “Contratos de financiamento imobiliário no direito português”, *Cadernos do CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registais*, n.º 1, 2013, pp. 223-267, p. 241).

Em segundo lugar, a acessoriedade exige uma completa determinação da (única) dívida a que a caução se associará, proibindo-se portanto hipotecas genéricas (caucionando “*todas as dívidas que aquele devedor venha a assumir*”) ou *recarregáveis* (que possam ser aproveitadas, com o grau de prioridade originário, para caucionar nova obrigação assumida por aquele devedor).

Por fim, a acessoriedade implica a coincidência entre a posição de

lo do conservador quanto à validade do *crédito garantido* e em que medida é que, no desempenho desta tarefa, lhe será exigida a ponderação das regras de protecção do consumidor. No fundo, se uma eventual *nulidade do crédito* implica a *nulidade da hipoteca* cujo registo se solicitou, importa saber de que modo o controlo daquele é efectuado pelo registador para decisão quanto à inscrição da hipoteca.

Uma eventual resposta afirmativa quanto à existência dessa missão poderá implicar uma *segunda relevância* do papel do conservador no quadro da lei das cláusulas contratuais gerais. Efectivamente, se o *negócio hipotecário* pode constituir um *contrato de adesão* (estando por isso o seu conteúdo sujeito ao regime das cláusulas contratuais gerais), ao seu lado pode existir um *negócio creditório* (um mútuo, por exemplo), que poderá também ter sido celebrado naquelas condições; isto é, que poderá também ser um contrato de adesão. Ora, quando a própria constituição do crédito assegurado conste de um clausulado *pré-disposto*, há que indagar em que medi-

credor e titular da garantia, atendendo à relação incidível que se estabelece entre a caução e o crédito: a hipoteca pertencerá sempre ao credor e é impossível o seu nascimento na falta de um direito de crédito a que se associe, não podendo o proprietário constituir uma hipoteca para depois a transacionar. Em consequência, a transmissão do crédito importará, em princípio, a cedência da garantia.

As três dimensões da acessoriedade são declaradas por JOÃO CALVÃO DA SILVA, "Garantias acessórias e garantias autónomas", *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 327-361, p. 334; MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida — Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 109; ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 475; OTMAR STÖCKER E ROLF STÜRNER, *Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa*, Band III, 3.ª Edição, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2012, p. 49; MARCEL PLANIOL E GEORGES RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Tomo XII, 1ère partie, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1927, p. 316; MÓNICA JARDIM, MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO, *80 Perguntas...*, p. 55.



da cabe ao conservador controlar a sua validade por referência ao diploma das cláusulas contratuais gerais.

Assim, importa saber, em primeiro lugar, se compete ao conservador o controlo *da validade da obrigação garantida* quando lhe é pedido o registo de uma hipoteca; em segundo lugar, em que medida a lei das cláusulas contratuais gerais é relevante na apreciação da legalidade.

2.2. O controlo de legalidade e a publicidade da obrigação garantida: os elementos da dívida constantes do registo da hipoteca.

6. Não cremos que possa duvidar-se de que a lei impõe ao conservador, *dentro de certos parâmetros*, o dever de controlar a validade do crédito garantido sempre que o negócio hipotecário tenha, nos elementos de identificação da dívida, causas que determinem a invalidade da obrigação. Isto para que se assegure que as máculas do crédito garantido não contaminam o direito de garantia publicitado. Na verdade, *a inscrição registal da hipoteca abrange muito mais do que o direito real* em sentido próprio: há elementos do crédito assegurado que são *publicitados* pelas tábuas e, por isso, sujeitos ao controlo do conservador.

Efectivamente, a acessoriedade da hipoteca¹³ face à

¹³ A *acessoriedade*, ao invés do que sucede na fiança, não é expressamente declarada pela lei mas deduz-se das suas disposições: art. 686.º CC (que se refere sempre a uma *obrigação garantida*); alínea a) do art. 730.º CC (que estabelece a extinção da hipoteca por força da extinção da dívida); alínea a) do n.º 1 do art. 96.º CRPred. (que obriga à identificação do crédito caucionado). Assim, a acessoriedade é princípio geral das garantias reais no direito luso, não existindo

obrigação afiançada tem consequências na publicidade registal daquela garantia real. Na verdade, porque o fado da hipoteca coincide com a sorte do crédito a que se associa (se este for nulo ou se extinguir, o mesmo ocorrerá à hipoteca; se este se transmitir, a garantia, em princípio, acompanha-o), o edifício tabular pressupõe que se publicite a obrigação caucionada. Assim, a dívida afiançada consta necessariamente da inscrição da hipoteca, enquanto menção especial¹⁴.

É fácil perceber a *ratio* desta exigência: se a validade e eficácia da garantia *dependem* de uma obrigação determinada, a publicitação da situação jurídica dos prédios, enquanto fim do Registo Predial tendente à segurança jurídica imobiliária, só é eficazmente alcançada pela exteriorização do *pressuposto* da hipoteca. No fundo, os terceiros têm interesse em conhecer o crédito a que hipoteca se liga, não apenas

direito real de garantia independente de uma obrigação (cfr. GUILHERME MOREIRA, *Instituições de Direito Civil*, Vol. II, Das Obrigações, Coimbra Editora, Coimbra, 1925, p. 402; PAULO CUNHA, *Da Garantia das Obrigações*, Tomo II, Livraria Moraes, Lisboa, 1938-1939, p. 139; ARMINDO SARAIVA MATIAS, *Garantias Bancárias Activas e Passivas*, Edições Scripto, Lisboa, 1999, p. 48; SALVADOR COSTA, *O Concurso de Credores — Sobre as Várias Espécies de Concurso de Credores e de Garantias Creditícias*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 61; RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 3.ª Edição, Principia, Cascais, 2013, p. 248). O princípio da acessoriedade tem a sua origem no direito romano, vigorando imperativamente no *pignus datum* e na *hypoteca* (cfr. ANTÓNIO SANTOS JUSTO, "Hipoteca (Direito Romano)", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 88, tomo II (Parte I); vol. 89, tomo I (Parte II), 2012-2013, pp. 541-581 (2012) e 2013-2068 (2013), Parte I, pp. 578ss; EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, "O direito das obrigações em Roma", *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito da Lisboa*, n.º 18 a 23, 1995-1999, n.º 18-19: pp. 19-125; n.º 20: pp. 139-159; n.º 21: pp. 185-156; n.º 22: pp. 197-201; n.º 23: pp. 139-167, p. 150).

¹⁴ Cfr. alínea a) do n.º 1 do art. 96.º CRPred: "O extracto da inscrição de hipoteca deve conter as seguintes menções especiais: a) O fundamento da hipoteca, o crédito e seus acessórios e o montante máximo assegurado".

no que concerne ao seu montante, “*como também quanto à sua natureza, de forma a controlar se o mesmo é válido e existe ao momento, para que se possa calcular a probabilidade de cumprimento*”¹⁵.

A cognoscibilidade da obrigação é, aliás, pressuposta por algumas soluções do direito hipotecário luso. Pense-se, por exemplo, na cessão de *uma hipoteca* que já não tem o valor publicitado tabularmente por efeito de uma amortização parcial do crédito: a lei estabelece que a transmissão da garantia é feita “*nos limites do crédito originariamente garantido*” porque presume a possibilidade de o cessionário investigar o seu valor actual¹⁶.

¹⁵ Cfr. ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da Hipoteca: Caracterização, Constituição e Efeitos*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 101. Em sentido convergente, vide o Parecer do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado (IRN), Proc. C. P. 88/2014, STJ-CC, homologado em 26.03.2015 e relatado por MADALENA TEIXEIRA: “*quanto à hipoteca, diz o registo art. 96.º/1/a) do CRP que do seu extrato devem constar o fundamento da garantia, o crédito e seus acessórios e o montante máximo assegurado, isto por força do princípio da especialidade, que se fundamenta na protecção de terceiros e no fomento da circulação dos bens, permitindo o conhecimento do real valor das onerações que incidem sobre o bem e assegurando que a hipoteca registada se refere apenas àquela específica relação de crédito*”.

¹⁶ Suponhamos uma hipoteca inscrita para garantir uma obrigação de 10 (valor inscrito no registo) mas que, no momento da cessão da hipoteca, garantia apenas o valor de 5, porque o devedor já tinha cumprido parcialmente a obrigação. Como é sabido, antes da cessão da hipoteca esta só garantia 5: por força do princípio da acessoriedade, o valor da garantia coincide com o valor do crédito (cfr. *supra* nota n.º 16). Ora, ao ser transmitida e ao associar-se a obrigação de valor mais elevado, garanti-la-á “*até ao limite do crédito originariamente assegurado*” — 5, e não no valor inscrito no registo. A não ser assim, permitir-se-ia ao titular da hipoteca transmitir uma garantia de valor superior àquela de que era titular (pois reexpandir-se-ia até ao valor inscrito [10] quando fosse associada ao crédito do cessionário), em violação do princípio *nemo plus iuris*. Do mesmo modo, gorar-se-ia a expectativa do proprietário de cancelar a hipoteca cedida pelo pagamento do valor ainda em dívida na obrigação originária

Assim, como primeiro ponto, há que identificar *quais* os vectores da obrigação garantida publicitados nas tábuas. Isto é, quais os contornos da dívida afiançada que o legislador entendeu necessário serem *cognoscíveis* para assegurar o cumprimento dos objectivos próprios do Registo Predial.

7. Importa desde já sublinhar que a identificação do *crédito garantido*, a que se associa a hipoteca, é apreciada pelo conservador em duas dimensões e momentos distintos, com requisitos e condições próprios e não coincidentes. Isto é, a função qualificadora do conservador quanto à validade do acto inscrito (a hipoteca) vai mais longe do que os factos publicitados, pois nem todos os aspectos relativos à regularidade da hipoteca verificados pelo conservador (que abrangem, como veremos, alguns contornos do crédito para que a hipoteca, enquanto direito real acessório, possa ser inscrita) interessam ao comércio jurídico. Por esta razão, a respectiva inscrição faz-se *por extracto*, divulgando apenas alguns vectores da sua modelação. Tal não obsta a que qualquer interessado (designadamente o potencial aceitante de uma *segunda hipoteca*) pos-

(5). Ademais, prejudicar-se-iam terceiros (designadamente potenciais aceitantes de uma segunda hipoteca) que, em face da publicidade registal da obrigação caucionada, poderiam ter indícios de ter ocorrido uma extinção parcial da dívida (e da hipoteca) nos termos acordados pelas partes.

Esta solução só não lesa o cessionário porque o registo *publicita a obrigação caucionada*. Nessa medida, são *lhe cognoscíveis* dados que indiciam o montante do crédito originariamente garantido, *quer* nos elementos publicitados que desenham os contornos da obrigação (alínea *a*) do n.º 1 do art. 96.º CRPred.), *quer* nos *documentos arquivados que serviram de suporte ao registo* (designadamente, o título constitutivo da hipoteca) que, como melhor veremos *infra*, descreve a obrigação garantida com rigor (cfr. art. 104.º CRPred.). Esta publicidade dá as ferramentas ao cessionário para poder investigar *qual o valor* da hipoteca que *lhe é transmitida*.



sa conhecer os dados não publicitados que lhe interessem em matéria de descrição da obrigação. Assim, a lei expressamente admite o acesso aos documentos arquivados, designadamente à certidão do título constitutivo da hipoteca, que descreve a obrigação garantida com rigor e cuja identificação é expressamente controlada pelo conservador, como melhor veremos *infra* (cfr. art. 104.º CRPred.).

8. Feito este sublinhado, vejamos agora os *elementos da dívida que são publicitados* na ficha de registo. A lei determinou, como requisito especial da inscrição da hipoteca, a menção do seu *fundamento* (i), do *crédito e seus acessórios* (ii), e do *montante máximo assegurado* (iii) — alínea a) do n.º 1 do art. 96.º CRPred..

Olhando apenas ao facto de registo “hipoteca voluntária”¹⁷, o *fundamento* será a obrigação que o proprietário quis garantir onerando o seu prédio. Nessa medida, identificar-se-á a *fonte da obrigação* (um *contrato de mútuo*; a *responsabilidade civil*; a *assunção de uma promessa pública*; um *contrato de abertura de crédito*) e nomear-se-á o respectivo devedor¹⁸. Gerou-se o uso de a identificação do devedor ser feita implicitamente, identificando-se expressamente o devedor *que não seja proprietário* mas não mencionando o devedor *proprietá-*

¹⁷ Na inscrição dos factos *hipoteca judicial e hipoteca legal*, o fundamento é igualmente a obrigação garantida. Assim, neste último caso, o fundamento será a obrigação para cujo cumprimento se permite legalmente a respectiva constituição e, no primeiro, a obrigação declarada em sentença condenatória, cuja certidão é, aliás, o título de registo exigível (cfr. art. 50.º CRPred.).

¹⁸ Como dissemos *supra* (cfr. nota n.º 17), por força da acessoriedade da hipoteca, o seu sujeito activo é sempre o credor da obrigação, pelo que a identificação do credor é implícita pela inscrição da hipoteca a favor de certo sujeito.

rio, porquanto se tem como tácita tal qualidade enquanto sujeito passivo da hipoteca.

No que concerne à identificação do crédito, ter-se-á em vista a indicação do valor pecuniário por que a coisa responde e os eventuais acessórios (como juros), por si garantidos. Isto é, interessa ao comércio jurídico saber qual o montante que, em caso de execução pelo credor hipotecário, será afectado prioritariamente àquele sujeito.

Como se percebe, a ideia é a da publicitação de um *montante pecuniário*, mesmo que a obrigação garantida não seja uma *obrigação pecuniária*. Isto é, a necessidade de indicação de um *valor monetário* não corresponde à limitação da hipoteca à caução de *obrigações pecuniárias*, sendo possível afiançar a obrigação de entrega de coisa certa ou de realização de prestação de facto. Simplesmente, a essa obrigação deve ser atribuído um *valor pecuniário* por cujo montante a coisa onerada responderá. Esta vicissitude liga-se à *soberania própria* do direito real de hipoteca, que consubstancia um “*direito ao valor de coisa certa e determinada*”, concretizado no poder de desencadear a venda processual da coisa e, com a sua execução, aceder à realização do montante. Nessa medida, por força da *natureza da hipoteca* (atribui o direito ao valor de coisa certa e determinada), a obrigação garantida há-de traduzir-se num montante pecuniário, por cujo cumprimento a coisa responde¹⁹. Por outras palavras: a hipoteca tem

¹⁹ Neste sentido, ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da Hipoteca...*, pp. 33 e 98 (“é indiferente o conteúdo da obrigação devida. A prestação pode consistir num facere ou num non facere e pode até consistir na prestação de coisa certa, diversa de dinheiro. Apenas se exige que a prestação seja susceptível de avaliação pecuniária”); ADRIANO VAZ SERRA, “Hipoteca”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.ºs 62 e 63, 1957, pp. 5-364 e 193-396, n.º 62, p. 59 (“se o crédito não é originária-



de falar a linguagem do valor da coisa que é objecto do poder directo e imediato que encerra.

Sublinhe-se que o valor expresso no registo não se identifica necessariamente com o crédito garantido em dado mo-

mente pecuniário, há-de poder tornar-se pecuniário e, assim, a hipoteca só pode constituir-se então para garantia do crédito pecuniário futuro”); DOMENICO RUBINO, *L'ipoteca Immobiliare e Mobiliare*, Trattato di Diritto Civile e Commerciale — Vol. XIX (dir. ANTONIO CICU e FRANCESCO MESSINEO), Giuffrè Editore, Milão, 1956, p. 15. Sobre a soberania própria inerente à hipoteca, vide M. HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 76ss.

Deve notar-se que esta conclusão (de que obrigações não pecuniárias podem ser atribuídas por hipoteca, embora esta revista necessariamente um valor), se não conhece oposição na doutrina pátria, gerou uma interessante discussão no ordenamento jurídico espanhol. Tradicionalmente, a necessidade de indicação do valor da hipoteca (art. 12.º da *Ley Hipotecaria*) levava a doutrina a concluir que só podiam ser garantidas obrigações pecuniárias (cfr. BLAS PÉREZ GONZÁLEZ E JOSÉ ALGUER, *Derecho de Cosas*, Traducción de MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts — Sachenrecht*, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas, 8.º Edición, Barcelona, 1937, p. 202; MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, “Hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 631, 1995, pp. 1951-1990, p. 1953). Todavía, a reforma de 2007 veio alterar o texto da lei e tornar controversa esta conclusão, porquanto o novo art. 12.º dispõe “*En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración*”. Assim, defendem alguns Autores poder a dívida não ser forçosamente pecuniária, embora se imponha a fixação da importância a que corresponda (MANUEL FAUS, “Hipoteca en garantía de varias obligaciones”, *Breviario Civil*, Vol. II — Derechos reales especiales, Editorial VLex, 2008, disponível na internet via <http://vlex.com/vid/43915063>, consultado em 18 de Junho de 2010, *passim*; CÉSAR ÁLVAREZ, “La hipoteca flotante”, *Noticias de Actualidad Jurídica*, n.º 11/2008, 2008, pp. 2-3, p. 2). Sobre a querela, e comentando as interpretações da *Dirección General de los Registros e del Notariado* e do *Colegio de Registradores de la Propiedad*, FERNANDO CANALS BRAGE, “La inscripción de la hipoteca. Artículo 12 LH reformado por Ley 41/2007. Su lectura por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Colegio de Registradores. Contenido y efectos de asiento de inscripción del derecho real de hipoteca (más un apéndice con notas a la Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2008)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 86, n.º 711, 2009, pp. 143-213, pp. 143ss.

mento: “*consiste unicamente no montante máximo que este pode atingir para ser abrangido pela garantia hipotecária*”, sendo a hipoteca maior ou menor, dentro daquele montante, de acordo com o valor em dívida. Refere-se, porém, sempre àquela específica relação de crédito que, com os juros e demais acessórios, gozará de garantia hipotecária até ao montante inscrito. Na verdade, sendo a hipoteca uma garantia *acessória*, sempre dependerá da dívida a que se associa, sob pena de lhe faltar uma das suas características essenciais²⁰.

Quanto à indicação dos *acessórios do crédito*, indicar-se-ão os juros, despesas e demais importâncias que o proprietário quis garantir. A sua indicação registal é constitutiva, porquanto a lei civil impõe a respectiva menção na inscrição para que a hipoteca os garanta²¹. Repare-se que, apesar de os juros serem habitualmente fixados em taxa, nada parece

²⁰ Cfr. art. 96.º e 16.º CRPred.; ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da Hipoteca...*, p. 77; AFONSO PATRÃO, “Contratos...”, p. 245, nota n.º 49.

Note-se que se consideramos que a necessidade de indicação precisa da dívida garantida é uma decorrência do princípio da *accessoriedade*, alguma doutrina funda tal dever no *princípio da especificação dos direitos reais*. Com efeito, certos Autores entendem que aquele cânone significa, no caso da hipoteca, não apenas a indicação precisa do objecto sobre que incide (tomando o nome de “*princípio da unidade (ou da unicidade) do objecto*” — M. HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, (policopiado), Coimbra, 1967, p. 10) — mas, igualmente, do crédito a que se une. Neste sentido, MENÉRES CAMPOS, *cit.*, p. 77; RUBINO, *cit.*, p. 78; GINO GORLA E PIETRO ZANELLI, *Del Pegno; Delle Ipoteche*, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca (a cura di Francesco Galgano) — Libro Sesto: Della Tutela Dei Diritti, 4.ª Edição, Zanichelli Editore — Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna — Roma, 1992, p. 179; ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, 32.ª Edição, CEDAM, Padova, 1991, p. 586.

²¹ Cfr. n.º 1 do art. 693.º CC. Ademais, a lei ainda limita materialmente a viabilidade de abrangência de juros, estabelecendo que se não garantem mais juros do que os relativos a três anos, ainda que o negócio ou a inscrição determinem o contrário.



proibir que as partes utilizem outro modo de cálculo, como a sua determinação em quantitativo absoluto (v. g., 100€ por ano), já que a lei dá expresse respaldo a essa possibilidade²².

Por fim, o *montante máximo garantido* visa facilitar a cognoscibilidade do ónus que sobre a coisa incide. Trata-se da soma entre o *crédito* assegurado com o valor dos *acessórios* mencionados, entendendo-se que a publicitação do montante máximo desonera os interessados de contabilizar todas as parcelas mencionadas.

Não parecem restar quaisquer dúvidas que, quanto aos aspectos da obrigação necessariamente inscritos nas tábuas, a função qualificadora do conservador exerce-se controlando a sua validade, em obediência ao disposto no artigo 68.º CRPred.. Nessa medida, caso seja solicitado o registo de uma hipoteca para garantia de um crédito proveniente de um contrato de mútuo bancário abrangendo um juro moratório superior ao máximo legalmente admissível para aquele tipo de contratos²³, é bom de ver que o conservador não deverá inscrever definitivamente os juros convencionados²⁴.

²² Com efeito, quando o Código Civil define a obrigação de juros, refere-se alternativamente em *taxa ou quantitativo* (cfr. art. 559.º CC), pelo que nada parece proibir esta menção.

²³ Como é sabido, nas operações de concessão de crédito por instituições de crédito, sociedades financeiras, instituições de pagamento, instituições de moeda electrónica e outras entidades legalmente habilitadas para a concessão de crédito, os juros moratórios estão limitados por máximos fixados pelo legislador — cfr. art. 8.º do Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de Maio.

²⁴ Mais controversa será a questão de saber se, perante esta eventualidade, determinando a lei que que, quando os juros excedam o máximo legalmente fixado “*considerando-se, na parte em que a exceda, reduzida a esse limite máximo*”, deve o conservador fazer ele próprio a operação de redução (registando a hipoteca apenas pelo montante máximo) ou se deve tomar outras providências, devolvendo às partes o poder de renegociar o título apresentado

2.3. O controlo da obrigação garantida para além dos aspectos publicitados: os elementos da dívida obrigatoriamente facultados ao conservador.

9. Como acabámos de ver, a publicitação da obrigação é feita na medida estritamente necessária a responder aos interesses gerais do comércio jurídico, procurando apenas sinalizar, de forma sintética, a abrangência da hipoteca e a natureza e dimensão da obrigação afiançada. Por essa razão, o art. 96.º CRPred. determina a publicitação, por extracto, dos vectores da hipoteca que mais interessam a terceiros.

Todavia, não são estes os únicos aspectos *obrigacionais* sobre que incide a actividade qualificadora do conservador. Na verdade, para que possa ajuizar da validade da hipoteca, este tem de saber *qual a concreta dívida* que está a ser garantida. Se assim não for, não poderá nunca atestar a validade do direito real que está a inscrever, já que esta depende da validade obrigação assegurada. A isto acresce, como aventámos *supra*, ser possível que um terceiro tenha interesse em obter mais dados sobre a obrigação assegurada (porque a ela se subordina a hipoteca)²⁵. Tal propósito pode ser satis-

para registo — designadamente fazendo um registo provisório por dúvidas (art. 70.º CRred.). A este assunto voltaremos *infra*, a propósito da conduta do conservador quando encontre cláusulas nulas na determinação da taxa por ofensa da legislação de protecção do consumidor.

²⁵ Pense-se num credor a quem foi oferecida uma *segunda hipoteca* e que, na sua análise de risco, careça de se informar sobre os contornos da dívida protegida pela primeira garantia; pense-se num eventual *cessionário* da hipo-



feito pelo acesso aos documentos que serviram de suporte ao registo da hipoteca, pelo que será mister que aí se identifique a *concreta dívida afiançada*.

Assim, não é apenas sobre os dados publicitados que incide o controlo de legalidade do conservador. Quando a lei lhe comete a responsabilidade de apreciar a viabilidade do pedido de registo por atenção “à *validade dos actos nele contidos*”, está a impor-lhe que ateste a regularidade *material* da hipoteca (e não apenas a verificação formal dos documentos que lhe são entregues). Ora, porque a validade da hipoteca *depende* da validade da obrigação que cauciona, há contornos da obrigação garantida que necessariamente instruem o pedido de registo.

Nessa medida, importa questionar quais são os elementos da obrigação essenciais para a qualificação do pedido de registo de uma hipoteca e que, em consequência, devem necessariamente constar do título de registo. Será admissível que o negócio hipotecário identifique como obrigação garantida “*uma dívida que A tem para com B no valor de 1000*”? Neste caso, nenhum problema se coloca quanto à identificação do montante máximo afiançado (1000). Mas está o crédito suficientemente identificado para que o conservador possa exercer a sua função qualificadora e atestar a validade material da hipoteca, decidindo o seu registo definitivo?

Antes de adentrarmos no problema, importa recordar que a decisão do pedido de registo se baseia exclusivamente *nos documentos apresentados*, pelo que é vedado ao conser-

teca, que sabe que a caução que receberá está limitada pela dimensão do crédito originariamente garantido.

vador, oficiosamente, indagar dados que não tenham suporte documental²⁶. Em consequência, os contornos da obrigação que venhamos a concluir necessários para identificação do crédito deverão constar do título de registo, sob pena de a inscrição não poder ser feita em definitivo.

10. O problema tem conhecido resposta clara: uma *hipoteca de uma dívida de 1000 que A tem para com B*, sem indicação de qualquer fonte ou causa, não pode ser registada definitivamente, por insuficiente identificação do crédito garantido. A identificação da obrigação garantida é, como se sabe, uma decorrência da acessoriedade da hipoteca, devendo constar do negócio hipotecário sob pena da *indeterminabilidade do seu objecto*, geradora de nulidade nos termos do art. 280.º CC²⁷.

É o princípio da acessoriedade que implica a *determinação concreta da obrigação* a que se associa. Uma eventual admissibilidade de inscrição de uma hipoteca como aquela bole de forma insanável com aquele princípio: o credor escolheria, a seu bel-prazer, qual a obrigação que, no momento da execução, quisesse associar à hipoteca. Efectivamente, lembra PINTO COELHO que a hipoteca, enquanto garantia especial, estabelece-se para *determinada responsabilidade*, e não para uma miríade de dívidas, actuais ou futuras, do proprietário, o que implicará que seja concretamente identificada a obrigação que se cauciona²⁸. Isto é, a hipoteca para garantia

²⁶ Cfr. n.º 1 do art. 43.º CRPred..

²⁷ Sobre as três dimensões da acessoriedade, *vide supra* o que dissemos na nota n.º 16.

²⁸ Cfr. JOSÉ PINTO COELHO, *Da Hipoteca*, Centro Tipográfico Colonial L. Rafael Bordalo Pinheiro, Lisboa, 1941, p. 23; ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da Hipoteca...*, pp. 77 e



de uma dívida de 1000 padeceria do vício da *indeterminabilidade do objecto*, geradora da sua nulidade, por força do artigo 280.º CC: “se as partes não fixam qualquer critério para determinar as obrigações garantidas, a concretização do objecto da garantia fica eternamente ao sabor de acontecimentos futuros, incertos e vagos”. Na verdade, a sua admissibilidade permitiria a associação de um imóvel do devedor ou de terceiro, de forma eterna, ao pagamento de quaisquer obrigações que o credor pudesse vir a invocar. São, no fundo, as razões que vêm fundamentando a impossibilidade de se constituir a *hipoteca genérica* (associando a garantia a todas as obrigações que vierem a ser assumidas pelo devedor)²⁹. É por essa razão que a jurisprudência do Conselho Técnico do IRN vem postulando a necessidade de, por interpretação do *título de registo*, determinar a obrigação afixada pela hipoteca a

110. Neste sentido, vide o Parecer do Conselho Técnico da DGRN relativo ao proc. nº R.P. 8/98 DSJ-CT, de 27 de Maio de 1998.

²⁹ A citação é de ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da Hipoteca...*, p. 110. Neste sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ E PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2006, pp. XX; ADRIANO VAZ SERRA, “Hipoteca”, n.º 62, p. 59; MÓNICA JARDIM, MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO, *80 Perguntas...*, p. 68; Acórdão da Relação de Coimbra de 16 de Novembro de 2004, proc. 2450/04.

Como explica JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 380, é também neste fundamento que a doutrina e jurisprudência declara a nulidade da *fiança omnibus*. Cfr. CARLOS A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 554; Acórdãos do STJ de 30 de Setembro de 1999, *Colectânea de Jurisprudência*, Tomo 3, p. 48; de 3 de Fevereiro de 1999, *Colectânea de Jurisprudência*, Tomo 1, p. 75; de 14 de Dezembro de 1994, *Colectânea de Jurisprudência*, Tomo 3, p. 171; de 11 de Maio 1993, *Colectânea de Jurisprudência*, Tomo 2, p. 98; de 19 de Fevereiro de 1991, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 51, n.º II, p. 525; Acórdão do STJ de Uniformização de Jurisprudência nº 4/2001, de 23 de Janeiro de 2001, publicado no *Diário da República*, 1ª Série A, n.º 57, de 8 de Março de 2001. Para uma análise cuidada da *fiança omnibus*, vide MÓNICA JARDIM, *A Garantia Autónoma*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 187-190.

registar, a qual deverá ser sempre, pelo menos, *determinável*³⁰.

Em segundo lugar, repare-se que ver as coisas de forma diferente implicaria uma subversão das regras de prioridade no registo, já que consistiria, na prática, numa reserva não autorizada de grau hipotecário. Na verdade, o credor estaria a reservar o grau hipotecário para qualquer obrigação que o devedor viesse a assumir, ainda que muito posterior e com causa distinta da que motivou o negócio hipotecário. Nessa medida, o titular de uma hipoteca de grau inferior veria permanentemente gorada a sua expectativa, pois seria sempre preferido um crédito invocado pelo titular da primeira hipoteca, mesmo que subseqüentemente nascido³¹.

Por fim, pense-se na dificuldade que enfrentaria qualquer devedor que quisesse proceder ao cancelamento da hipoteca quando nunca tivesse chegado a nascer qualquer obrigação: tratar-se-ia da prova de factos negativos, necessariamente assolada por um enorme embaraço³².

³⁰ Cfr. Parecer do Conselho Técnico da DGRN relativo ao proc. n.º R.P. 8/98 DSJ-CT, de 27 de Maio de 1998: "A questão fundamental reconduz-se à interpretação do título, que é duvidoso e ambíguo. Dele resulta, sem sombra de dúvida, que se pretendem garantir pela hipoteca as despesas inerentes à mesma, mas não se sabe quais elas são, não se quantificam. Daí que se compreendam as dúvidas opostas ao registo. Na verdade, qual é o montante de despesas garantido pela hipoteca? E se o montante máximo garantido é de 6 000 contos, qual é o montante do crédito e o montante das despesas que a hipoteca garante? Também aqui estaremos perante uma indeterminabilidade, se não mesmo da obrigação garantida, pelo menos do valor dessa obrigação".

³¹ Neste sentido, ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da Hipoteca...*, p. 113 conclui que a aceitação de uma hipoteca sobre dívida não identificável (como uma hipoteca genérica) implicaria que o devedor não pudesse "na prática, hipotecar de novo, pois dificilmente encontrará um credor disposto a aceitar uma hipoteca de segundo grau, sendo a primeira indeterminada, quer do ponto de vista causal, quer do ponto de vista temporal".

³² Cfr. AFONSO PATRÃO, "Contratos...", p. 248.



Por estas razões, não parece colocar dificuldades a actuação do conservador quando lhe seja solicitado o registo de uma hipoteca para garantir uma dívida de 1000: deve recusar a inscrição ou, pelo menos, determinar a provisoriedade por dúvidas, aguardando a identificação da obrigação assegurada, já que a acessoriedade da hipoteca implica a identificação da dívida a que se associa. A isto acresce que o registo da hipoteca implica a identificação *do fundamento da hipoteca* (a obrigação garantida) enquanto requisito especial da inscrição mencionado do art. 96.º CRPred., que não é feita pela mera indicação do montante em dívida.

11. Se assim é, importa agora saber *até onde* vai a exigência de determinabilidade do crédito, simultaneamente no negócio (designadamente para efeitos de controlo de legalidade) e no registo (cumprindo a missão própria das tábuas). Se quanto a este último, a inscrição identifica *a obrigação garantida* (o fundamento da hipoteca) e são *cognoscíveis* os documentos que suportaram a inscrição (designadamente o negócio hipotecário), há agora que perceber quais os dados da obrigação que têm de ser presentes ao conservador, instruindo o pedido de registo.

Deve recordar-se que a lei não exige a sua *concreta determinação* mas tão-somente uma *determinabilidade*; ademais, a lei aceita expressamente a constituição de hipoteca para créditos *futuros ou condicionais*, conquanto determináveis³³. Assim, o critério que vem sendo seguido doutrinal e jurisprudencialmen-

³³ Cfr., respectivamente, arts. 280.º CC e n.º 2 do art. 686.º CC.

te é o da indicação dos elementos essenciais da relação jurídica obrigacional de que surge o crédito: sujeitos, fonte da obrigação, prestações que compreende, data, local, condições negociais, e vigência temporal³⁴. Isto é, não parece bastar a referência abstracta a *uma dívida* ou sequer a *um negócio* ("um contrato de mútuo", por exemplo) devendo identificar-se em concreto a fonte da obrigação que está a ser caucionada.

Este juízo permite a utilização da hipoteca para garantia de dívidas futuras ou de obrigações que vierem a resultar de um contrato de conta-corrente (ou de abertura de crédito). Conquanto se *identifiquem expressamente os elementos essenciais da relação jurídica estabelecida*, que afastem a *indeterminabilidade* do objecto (o contrato de mútuo que A celebrará com B, durante o mês X, para aquisição de uma habitação; a obrigação que vier a resultar do contrato de conta-corrente celebrado entre A e B no dia Z, com vigência temporal de 2 anos e montante máximo de X), nada prejudicará a constituição de uma hipoteca. Se é certo que a obrigação garantida não existe no momento da constituição da hipoteca — já que ela resultará apenas do montante que, na sequência de trocas de capital em sentido inverso, venha a resultar a favor do banco — ela é claramente *determinável* pela identificação cabal da relação jurídica de que surgirá o crédito caucionado³⁵.

³⁴ Neste sentido, ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da Hipoteca...*, p. 113; SANDRO MERZ, *Manuale Pratico dei Privilegi, delle Prelazioni e delle Garanzie*, CEDAM, Milão, 1995, p. 200; AFONSO PATRÃO, "Contratos...", p. 248. Com raciocínio similar, embora relativa à identificação da obrigação garantida pela *fiança*, cfr. MÓNICA JARDIM, *A Garantia...*, pp. 191ss.

³⁵ Neste sentido, L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 191; FERNANDO PIRES DE LIMA E JOÃO ANTUNES VARELA, *Código*



12. Uma última referência a um caso hipotético: suponhamos um negócio unilateral de constituição de hipoteca que tem subjacente um negócio jurídico de reconhecimento de dívida no valor de 1000, nos termos do art. 458.º CCv. É neste caso *determinável o crédito* a que a hipoteca se refere, devendo por isso ser o registo aceite?

Julgamos que não. De facto, quando *supra* sustentámos a necessidade de identificação da *fonte da obrigação* (negócio, responsabilidade civil, enriquecimento sem causa, etc.), é fácil perceber que este requisito não é preenchido pelo negócio de reconhecimento de dívida. Na verdade, este tipo negocial tem como efeito a *presunção de existência da relação fundamental*, mas não a identifica; no fundo, faz presumir uma *fonte de obrigação* (um mútuo; a responsabilidade civil que gerou a obrigação de indemnizar) mas não a nomeia³⁶. Ora, por força da *acessoriedade da hipoteca*, é imprescindível que a fonte da obrigação seja determinável, sob pena de nunca se poder saber quando é que o fado da obrigação afecta o destino da garantia (quando é que, *consequencialmente*, a hipoteca se extingue ou é nula, por assim ter sucedido com o crédito).

Assim, impõe-se uma conclusão: se estes elementos não constarem no negócio hipotecário³⁷, não deve o registo da hi-

Civil Anotado, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 704, anotação ao artigo 686.º.

³⁶ Cfr. art. 458.º CC.

³⁷ É certo que, como vimos *supra*, a determinabilidade do crédito é exigida *ex titulo et ext inscriptione*. Nessa medida, se o titular que exarou a escritura pública ou autenticou o documento particular tiver procedido eficazmente ao controlo da legalidade, esta identificação sempre existirá no negócio hipotecário.

poteca ser feito definitivamente, porquanto a determinabilidade do crédito garantido é pressuposto necessário da hipoteca.

2.4. A actividade qualificadora do conservador perante uma obrigação nula

13. É consabido que a actividade qualificadora do conservador se dirige à verificação da legalidade *do pedido de registo* (a hipoteca)³⁸. Simplesmente, concluímos *supra* que atenta a natureza da hipoteca como *direito real acessório* — isto é, dependendo a sua validade da validade da obrigação que garante — deve o conservador determinar e apreciar a validade *da obrigação* que é caucionada pela hipoteca.

Entendamo-nos. Suponhamos que o negócio hipotecário pretende garantir uma obrigação de 1000 que A assumiu para com B para que este matasse um inimigo de A. O negócio hipotecário (unilateral) consta de documento particular autenticado por solicitador, constando dele todos os dados necessários à constituição do direito real (designadamente a harmonização com a matriz e com a descrição; o princípio da legitimação; etc.), e estando nele descrita a obrigação tal como a desenhamos. Pode o conservador recusar o registo da *hipoteca* uma vez que a *obrigação que garante* é nula nos termos do art. 280.º (objecto contrário à lei e à ordem pública)?

Quanto a este problema, colocam-se no fundo duas alternativas: *ou* se defende que a função qualificadora do

³⁸ Cfr. art. 68.º CRPred.. Sobre a atividade qualificadora do conservador *vide*, entre outros, J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, *Ensaio...*, p. 570.



conservador se exerce sobre a constituição da hipoteca *apenas em sentido formal* (analisando o conservador somente os requisitos tabulares de inscrição, a identidade do prédio e a regularidade formal do título); *ou* se postula que o que o princípio da legalidade pretende é que o conservador assegure, *do ponto de vista substantivo*, que a hipoteca que inscreve é válida. Neste último caso, conhecendo o conservador a acessoriedade da hipoteca e a nulidade da obrigação (já que todos os dados constam do título apresentado a registo), não será admissível que inscreva um direito real que ele sabe ser *consequencialmente* nulo por efeito da acessoriedade.

Por nossa parte, e como decorre das nossas considerações a propósito da determinação da obrigação garantida, julgamos ser esta última a solução correcta.

Por um lado, porque a função da qualificadora do conservador se analisa num propósito de *justiça preventiva*. Na verdade, o que se pretende é que *não acedam ao registo* direitos nulos, convocando futuramente a actuação dos tribunais. A actividade do conservador realiza-se numa função *decisória* orientada pela obediência ao direito e à lei, com uma missão de promoção da segurança jurídica, o que explica que se apele a sua função como *jurisdicional de natureza específica*³⁹.

Ora, esta segurança jurídica *preventiva* não se compadece com uma inscrição de uma *hipoteca consabidamente nula*, porque associada a uma obrigação nula. Quando o conservador aceita o pedido de registo, fá-lo porque crê na *validade do direito inscrito*, em face da sua análise. Só assim

³⁹ J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, "O Estatuto...", p. 5, e "Publicidade e Princípios do Registo", *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 17-60, p. 54.

se explicam os efeitos substantivos do Registo: o legislador faz *presumir* que o direito existe e que pertence ao titular inscrito (art. 7.º) *porque o conservador realizou um controlo de validade*. Defender que esta inscrição deva ter lugar *mesmo quando a hipoteca é nula* é sabotar o edifício registal.

Repare-se que este efeito é ainda mais relevante no domínio hipotecário, porquanto aqui, ao contrário do que sucede nos demais direitos reais, a inscrição é *constitutiva*, fazendo nascer a hipoteca⁴⁰. Nessa medida, seria incompatível com a sua função de promoção da segurança jurídica imobiliária que devesse o conservador, neste caso, fazer nascer uma garantia real que ele sabe ser nula.

Em segundo lugar, há que reconhecer que a norma do art. 68.º CRPred. pende para a obrigação de controlo do crédito caucionado. De facto, se bem atentarmos, a regra determina que o conservador controle, para além dos pressupostos formais do registo (identidade do prédio; legitimidade dos interessados; regularidade formal dos títulos), *a validade dos actos contidos nos títulos*, por atenção às disposições legais aplicáveis. Isto é, a validade substantiva da hipoteca é objecto da função qualificadora do conservador. Ora, se a hipoteca é *acessória de um crédito*; se o crédito *tem de ser identificado ao conservador*, não haverá outra conclusão a tirar que não seja a de que, sendo o crédito nulo e estando essa invalidade patente nos documentos apresentados, deve o registador concluir pela *nulidade* da hipoteca, recusando por isso a inscrição.

⁴⁰ Cfr. 687.º CC; n.º 2 do art. 4.º CRPred.; MÓNICA JARDIM, MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO, *80 Perguntas...*, pp. 33 e 34.

3. A apreciação da validade da hipoteca ou da obrigação garantia por referência à lei das cláusulas contratuais gerais.

3.1. O contrato de adesão no domínio hipotecário e a matriz do regime das cláusulas contratuais gerais: delimitação do problema

14. Serviu este excurso para concluir que ao conservador cabe controlar a validade *da obrigação* garantida, muito embora *apenas* no âmbito circunscrito dos elementos que são levados a registo, que constam do título de registo. E para levar a bom porto essa tarefa tem de recorrer a *todos os elementos normativos do ordenamento jurídico* que se afigurem pertinentes. Incluindo, se o contrato que dá fonte ao crédito garantido for um contrato de adesão, o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

Estamos, então, no âmbito da função qualificadora que se impõe ao conservador enquanto controlador da legalidade. E a evidência desta afirmação serve apenas para chamar a atenção para o facto de não existir no direito português qualquer norma que especificamente transforme o conservador num dos agentes no círculo da protecção do consumidor. Entre nós, o conservador actuará nos mesmos termos em que sempre actuou — controlo da legalidade da obrigação garantida apenas e tão-só nos aspectos que tenham relevância registal.

A única especificidade que estamos agora a introduzir é a de ter de convocar-se o regime dos contratos de adesão se o contrato do qual resulta o crédito assumir estas vestes. E a de que, sempre que desse regime resultar a nulidade da obrigação garantida, o conservador dever recusar o registo, por tal implicar a nulidade da hipoteca (art. 69.º, n.º 1, al. d) CRPred).

Por outra parte, quanto ao *negócio hipotecário*, e se ele surgir como contrato de adesão, também o comprador deverá convocar aquele mesmo diploma para o controlo da legalidade.

Na verdade, deve recordar-se que a reforma de 2008 quanto à forma de constituição dos direitos reais sobre imóveis veio gerar uma possibilidade até aí inexistente: a constituição de hipoteca *por contrato de adesão*. De facto, se até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, a hipoteca (e os demais direitos reais imobiliários) apenas se constituía por escritura pública — pelo que a solenidade negocial implicava que um oficial público, jurista especializado (o notário), recolhesse as declarações de vontade dos outorgantes e redigisse o título —, a partir daquele momento passou ser possível constituir a hipoteca mediante *documento particular autenticado sujeito a depósito electrónico*, uma *nova forma negocial* que, cometendo ao autenticador o controlo da legalidade do negócio⁴¹, não lhe atribui a redacção do tí-

⁴¹ Deve recordar-se que, no *documento particular autenticado tradicional*, não é cometido ao autenticador qualquer controlo do conteúdo do documento particular: as partes apenas confirmam ao autenticador o respectivo conteúdo, sem que aquele possa recusar a autenticação pelo facto de o documento confirmado conter um negócio inválido — cfr. art. 150.º Código do Notariado.

Todavia, no domínio dos negócios jurídicos de constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis, o legislador previu um *documento particular autenticado* diferente do tradicional. Não apenas pelo facto de a validade da autenticação depender do depósito electrónico do documento particular (n.º 2 do art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho), como principalmente pelo

tulo. Isto é, quando utilizada a forma de *documento particular autenticado sujeito a depósito electrónico* são as partes que redigem o título, confirmando depois o respectivo conteúdo perante o sujeito autenticador.

Nessa medida, passou a ser possível que o negócio hipotecário constitua um *contrato de adesão*, no qual o credor apresenta cláusulas contratuais pré-dispostas ao proprietário que, limitando-se a aceitar, constitui uma hipoteca a favor daquele. Depois, as partes podem apresentar-se diante um dos sujeitos autenticadores⁴² e confirmar, presencialmente, o conteúdo do documento particular; caso o documento particular confirmado cumpra todos os requisitos para constituição de um direito real imobiliário, será autenticado e depositado eletronicamente, podendo então ser apresentado a registo. Neste caso, como bem se percebe, assistimos à constituição de uma hipoteca *por um contrato de adesão*, razão pela qual o negócio hipotecário passará a estar sujeito ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Deste modo, ao conservador caberá a apreciação da sua legalidade *também* por referência àquele normativo.

facto de o n.º 1 do mesmo art. 24.º determinar que o *documento particular* sujeito à autenticação revista os requisitos legais a que estão sujeitos os negócios sobre imóveis (como o princípio da legitimação – art. 9.º CRPred.). O cumprimento deste comando implica que a entidade autenticadora capte as vontades negociais e recuse a sua autenticação quando aqueles requisitos se não constem do documento particular, *controlando assim a legalidade do negócio* e constituindo esta uma *condição da autenticação*. Vide o que dissemos *supra*, nota n.º 11.

⁴² Que, como é sabido, tem um âmbito bastante alargado. Efectivamente, a competência para a autenticação de documentos particulares está atribuída aos notários, às câmaras de comércio e indústria, aos conservadores, aos oficiais de registo, aos advogados e aos solicitadores (art. 38o do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março), para onde remete o art. 22.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho.

O modo como o conservador exercerá a sua função qualificadora no âmbito das cláusulas contratuais gerais é, assim, o tema que agora se impõe.

15. Importará apenas deixar duas notas. Uma primeira apenas para sublinhar que o Decreto-Lei n.º 445/86 se aplica a *todos os contratos de adesão* (apresentem-se ou não sob a forma de cláusulas contratuais gerais), mas *só aos contratos de adesão*. O regime jurídico predisposto neste diploma apenas se justifica pela *ausência de negociações individuais*, pois que só nestes casos emergem as preocupações atinentes à tutela dos interesses do aderente, que se vê contratualmente vinculado sem ter exercido a sua autonomia privada na modalidade de liberdade de conformação do conteúdo do contrato (art. 405.º CC).

Em segundo lugar, se o conservador dever, como julgamos que deve, proceder ao controlo da legalidade dos contratos de adesão constituintes de um crédito imobiliário nos restritos termos em que tal seja relevante para o registo do facto, a sua intervenção neste contexto será exigível independentemente da qualidade das partes contratantes, ou seja, independentemente de a relação se estabelecer entre empresários ou entre empresários e consumidores. O que mais uma vez comprova que o compromisso do conservador é para com a legalidade *dos factos sujeitos a registo* e não, propriamente, para com a protecção do consumidor.

16. Retornando ao nosso problema (a pertinência do regime das cláusulas contratuais gerais na actividade quali-

ficadora do conservador), temos ainda de distinguir várias hipóteses, porquanto não basta afirmar *tout cour* que o conservador terá de apoiar-se no disposto no Decreto-Lei n.º 445/86, para controlo da dívida garantida e do contrato de constituição da hipoteca quando surjam na forma de contrato de adesão. Vejamos.

Por um lado, pode suceder (como será mais habitual), que nem a fonte da obrigação nem o negócio hipotecário constituam contratos de adesão. Nestes casos, não é pois mobilizável o regime das cláusulas contratuais gerais na função qualificadora do conservador.

Por outro lado, pode a fonte da obrigação constituir um contrato de adesão (um mútuo, por exemplo), mas não assim o negócio de constituição de hipoteca (designadamente porque assente em escritura pública), sendo que aqui se identifica correctamente a obrigação assegurada. Também neste caso não será convocável o diploma das cláusulas contratuais gerais, porquanto o título de registo submetido ao conservador não é um contrato de adesão e o registador não irá nunca dele tomar conhecimento: o título de registo identifica a obrigação garantida (o crédito de 1000 decorrente do contrato de mútuo X, assinado entre A e B no dia Z), não cabendo ao conservador indagar se a fonte da obrigação assumia as vestes de contrato de adesão.

Por fim, pode suceder que o negócio hipotecário apresentado ao conservador constitua um contrato de adesão; ou, não sendo o negócio hipotecário um contrato de adesão, identifique a dívida garantida por remissão para um anexo onde consta um contrato de adesão, que gere a obrigação

a afiançar⁴³. É nestas *situações que é convocável o diploma das cláusulas contratuais gerais*, porquanto a validade do título de registo constitui um dos aspectos submetidos à função qualificadora do registador. Neste caso, o âmbito de mobilização do regime das cláusulas contratuais gerais pode ser maior ou menor: se, porventura, no *mesmo contrato de adesão* não apenas se constitui a hipoteca como também se gera a obrigação garantida (i) ou se a obrigação caucionada é identificada por remissão para um anexo que é, ele mesmo, um contrato de adesão (ii), vimos *supra* não poder o conservador ignorar as *invalidades* da obrigação afiançada também por referência ao mesmo diploma, pois que qualquer vício do crédito implicará o mesmo fado para a hipoteca cujo registo foi solicitado. Nestes casos, a *própria avaliação da validade da obrigação* se fará também por referência à lei das cláusulas contratuais gerais.

3.2. A missão do conservador perante um contrato de adesão com cláusulas abusivas

17. O nosso legislador procede ao elenco das cláusulas abusivas, apoiado em anteriores experiências judiciais, apartando as relações entre empresários e/ou entre entidades equiparadas (profissionais liberais, singulares ou colectivos, quando actuem no âmbito da sua actividade específica) das relações entre empresários e consumidores. No primeiro caso,

⁴³ Imagine-se que o negócio hipotecário (que não é um contrato de adesão) estabelece: "A constitui a favor de B uma hipoteca sobre o imóvel X para garantia da obrigação gerada pelo contrato que se anexa ao presente negócio"

valem as cláusulas elencadas nos arts. 18.º e 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85; e no segundo, a “*lista negra*” aumenta, pois que, para além das indicadas nestes artigos, surgem as identificadas nos arts. 21.º e 22.º (art. 17.º). Isto para além do princípio geral constante no art. 15.º, nos termos do qual são proibidas as cláusulas gerais contrárias à boa fé. Há que separar também as cláusulas *absolutamente nulas* das *relativamente nulas*. Nestas o tribunal é autorizado apreciar o caso concreto, ainda que segundo um modelo objectivo — na expressão do legislador, atendendo ao “quadro negocial padronizado”; naquelas a censura é feita logo pelo legislador, cabendo ao tribunal apenas identificá-las, sem qualquer margem de valoração. De outro modo: umas são proibidas *apenas após valoração judicial*, as outras são-no *imediatamente*, desde que constem do vasto elenco de cláusulas absolutamente proibidas.

A subsunção da cláusula concreta a um dos exemplos de cláusula abusiva ou ao princípio geral leva à sua nulidade (art. 12.º), podendo, porém, subsistir o restante do contrato se o aderente manifestar vontade de que tal suceda, com as lacunas pela invalidade causadas a ser integradas pelas normas supletivas aplicáveis, nos termos do art. 13.º. Se o aderente nada disser ou, então, se manifestar vontade de manutenção do contrato mas a expurgação das cláusulas nulas conduzir a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé, vigora o regime da *redução* dos negócios jurídicos (art. 14.º). Ou seja, mantém-se o negócio naquilo em que for conforme à lei, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada (art. 292.º CC).

18. Cremos não haver dúvidas de que o legislador construiu este regime jurídico tendo em mente a hipótese de se ter instalado um litígio entre o proponente e o aderente, para cuja resolução foi chamado um tribunal. Basta a linguagem usada para convencer neste sentido. Mas, isto não quer dizer que o conservador não possa usar o mesmo instrumento de controlo para actuar preventivamente e impedir que seja publicitada uma garantia que é nula.

Se isto é assim do ponto de vista dogmático, a verdade é que não será comum que o conservador conclua pela invalidade do título *por força da lei das cláusulas contratuais gerais*.

Efectivamente, *quanto ao negócio de constituição da hipoteca*, não vemos como é que pode chamar-se a aplicação relevante da lei das cláusulas contratuais gerais. Da protecção do consumidor/devedor já cuidou o legislador no regime geral da hipoteca (proibindo o pacto comissório; vedando a convenção de inalienabilidade da coisa hipotecada; etc.⁴⁴), em termos tais que nos casos em que a sua posição seja colocada em risco, a fonte deste risco é expurgada e o restante negócio mantém-se com as normas imperativas civilísticas. De outro modo: não é fácil conceber *cláusulas abusivas no negócio hipotecário* proibidas pelo Decreto-Lei n.º 446/85 que não sejam já vedadas pelas regras imperativas que modelam a hipoteca enquanto direito real. Quaisquer vectores do contrato de constituição de hipoteca que ofendessem o elenco da "lista negra" prevista naquele ou na cláusula geral de boa fé foram já acauteladas pelo legislador quando, em normas marcadamente impositivas, modelou a hipoteca como direito

⁴⁴ Cfr., respectivamente, arts. 694.º e 695.º CC.

real rígido, cujo conteúdo é legalmente determinado e sem grande margem à autonomia privada.

Nessa medida, a eventual relevância da lei das cláusulas contratuais gerais está restrita aos domínios em que o conservador *conhece da obrigação* assegurada, tendo esta como fonte justamente um *contrato de adesão*. Ora, mesmo que uma das cláusulas do negócio jurídico do qual surge o crédito qualificando tenha de ser considerada nula por aplicação de um dos dispositivos do diploma das cláusulas contratuais gerais, tal não desemboca na nulidade desse mesmo negócio jurídico e na consequente nulidade da obrigação. Retira-se o que fere a lei e a manutenção do restante do contrato está dependente, como acabámos de ver, de modo mais ou menos directo, da vontade do aderente. Tudo se passa, pois, ao nível *da reorganização da vontade contratual*. E de nada disto cuida o conservador. Para além de o conservador poder nem sequer ter qualquer contacto, no momento em que se apresenta a hipoteca a registo, com o sujeito que aderiu às cláusulas contratuais gerais de que resulta o crédito, estamos aqui completamente afastados do que seja a tarefa atribuída pela lei ao conservador, que, no que se refere ao momento registal, na verdade, nada tem a ver com a manifestação da vontade das partes e, por maioria de razão, com a sua integração.

19. Deste modo, se na sua tarefa de qualificação se encontrar perante uma cláusula nula em matéria que seja relevante para efeitos de registo, importa indagar qual deve ser o papel do conservador.

Imagine-se que um contrato de adesão é submetido à

apreciação do conservador e dele resulta que o *crédito garantido* por hipoteca vê os juros determinados por uma cláusula que deva ser considerada nula por efeito da lei das cláusulas contratuais gerais, quer porque se subsuma a uma das cláusulas já pré-identificadas pelo legislador, quer porque se pode integrar na proibição geral das cláusulas que atentam contra o princípio da boa fé. Suponha-se, por exemplo, que ao crédito principal são associados juros variáveis em que se preveja apenas um aumento, mas não a diminuição dos juros; ou se fixa uma flutuação mínima muito desproporcionada em face do máximo previsto; ou se prevê a fixação de um juro anual por determinação única da entidade financeira — em qualquer uma destas situações faz parte do contrato de mútuo uma cláusula abusiva, que deve ser retirada do complexo negocial. Este caso assume especificidade no nosso tema porque é uma das situações em que o legislador autoriza o conservador a, oficiosamente, integrar a vontade das partes, já que, nos termos do art. 96.º, n.º 2 CRPred, “se os documentos apresentados para registo da hipoteca *mostrarem que o capital vence juros, mas não indicarem a taxa* convencionada, deve mencionar-se na inscrição a taxa legal”.

Uma situação destas convoca, pois, uma reacção do conservador *por força da contradição da cláusula abusiva* com o Decreto-Lei n.º 446/85. Assim, aparentemente, podem ser avançadas três soluções.

Por um lado, pode sufragar-se dever o conservador recusar a inscrição da cláusula, invocando que ela é abusiva, e, conseqüentemente, nula, de modo que a hipoteca é registada garantindo apenas o capital, sem prejuízo de as partes

constituírem uma segunda hipoteca para garantia dos acessórios, posteriormente e em termos que a lei possa aceitar.

Por outro lado, pode postular-se dever o registador inscrever a hipoteca com a menção da forma de cálculo dos juros escolhida pelas partes, apesar da nulidade da cláusula, uma vez que apenas lhe cabe assegurar a validade da obrigação garantida — pois que só esta é pertinente para efeitos da validade da hipoteca —, remetendo para controlo judicial *a posteriori* a questão dos juros.

Em terceiro lugar, podia aventar-se caber ao conservador integrar a lacuna originada pela nulidade da cláusula abusiva mediante aplicação das regras supletivas pertinentes — no caso dos juros, registava a hipoteca como garantindo os acessórios a calcular nos termos previstos pela taxa legal.

Qualquer destas três soluções enfrenta a nossa oposição. A segunda solução equivale à inscrição de uma cláusula ilícita, o que contende com o disposto no art. 68.º CRPred. Já quanto às outras duas, se bem se atentar, consistem numa *redução* do negócio hipotecário, seguida ou não de uma integração da lacuna. Ora, causa-nos alguma hesitação ver o conservador a substituir a vontade declarada pelas partes, mesmo que pela aplicação da regra supletiva. E então o que dizer do n.º 2 do art. 96.º CRPred? O legislador parece querer que o conservador deste modo actue nos casos em que as partes declararam querer que a dívida vencesse juros, mas não disseram *que juros*; hipótese diferente é a que consideramos, pois que os sujeitos envolvidos no contrato *declararam* que queriam que a taxa de juro fosse determinada de um certo modo, ainda que ilegal. Nesta situação aplicar as regras de

cálculo supletivo equivaleria a *alterar a vontade das partes*, pois que elas poderiam tê-los escolhido mas não o fizeram *propositadamente*. Quiseram *outra coisa*.

Cabe-nos, então, o ónus de propor uma solução. Parece-nos, no final das contas, que a solução mais equitativa e conforme à vontade do legislador e das partes é a de promoção de um *registo provisório por dúvidas* (art. 70.º CRPred.), atendendo a que não há motivo para recusar a hipoteca por haver uma nulidade *no modo de cálculo dos juros*. É assim dada às partes a oportunidade de regressarem ao contrato de crédito para conformarem a sua vontade ao que é legalmente permitido e sem prejudicar a prioridade do credor. Aliás, este *modus operandi* até mimetiza o que seria feito pelo juiz no âmbito da aplicação da lei das cláusulas contratuais gerais chamado que fosse a decidir um caso concreto.

4. Conclusões

20. O excuro sobre o tema do *papel do conservador* na protecção do consumidor aquando do registo de uma hipoteca conduziu-nos a três conclusões principais.

Por um lado, parece indiscutível que a actividade qualificadora do conservador não se confina às condições formais de constituição da hipoteca; antes se pressupõe a análise de certos vectores da obrigação assegurada, porquanto qualquer invalidade de que aquela venha a padecer sempre implicará a nulidade do direito real *acessório* cujo registo foi solicitado.

Em segundo lugar, atenta a previsão de uma nova for-

ma negocial para a hipoteca voluntária (o documento particular autenticado sujeito a depósito electrónico), nada parece impedir que o próprio negócio de constituição da hipoteca venha a consubstanciar um *contrato de adesão*, que, contendo ou não a própria geração da obrigação assegurada, está sujeito por isso à lei das cláusulas contratuais gerais. Nessa medida, ao conservador cabe, no quadro da sua função controladora da legalidade, *também* a aferição da validade do título de registo por referência ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

Por fim, concluímos que a relevância autónoma do regime das cláusulas contratuais gerais está bastante limitada no que à função do conservador diz respeito; *por um lado*, porque este não avalia a *regularidade do consentimento* das partes nem tem poderes *processuais* para desencadear a acção inibitória, pelo que apenas lhe cabe o controlo do *conteúdo* das cláusulas; *por outro lado*, porque no que à hipoteca diz respeito, o legislador estabeleceu um regime imperativo de tutela de *quaisquer devedores* (sejam ou não consumidores; sejam ou não aderentes), não sendo por isso fácil conjecturar cláusulas abusivas do negócio hipotecário que não sejam já vedadas pelo regime geral da hipoteca.

Assim, a relevância autónoma da lei das cláusulas contratuais gerais para a função qualificadora do conservador dar-se-á apenas nos casos em que este haja de conhecer da validade da *obrigação assegurada*, tendo esta fonte num contrato de adesão. Nesses casos, julgamos, a actuação do registador mais consentânea com o regime legal será a inscrição da hipoteca como *provisória por dúvidas*, convocando as partes para expurgarem ou modificarem a cláusula abusiva.

Bibliografia

- ÁLVAREZ, CÉSAR, "La hipoteca flotante", *Noticias de Actualidad Jurídica*, n.º 11/2008, 2008, pp. 2-3;
- AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL, "Hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 631, 1995, pp. 1951-1990;
- ARRUÑADA, BENITO, "The economics of notaries", *European Journal of Law and Economics*, vol. 3, n.º 1, 1996, pp. 5-37;
- CAMPOS, ISABEL MENÉRES, *Da Hipoteca: Caracterização, Constituição e Efeitos*, Almedina, Coimbra, 2003;
- CANALS BRAGE, FERNANDO, "La inscripción de la hipoteca. Artículo 12 LH reformado por Ley 41/2007. Su lectura por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Colegio de Registradores. Contenido y efectos de asiento de inscripción del derecho real de hipoteca (más un apéndice con notas a la Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2008)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 86, n.º 711, 2009, pp. 143-213;
- CARNELUTTI, FRANCESCO, "La figura giuridica del notaro", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno IV, 1950, pp. 921-930;
- COELHO, JOSÉ PINTO, *Da Hipoteca*, Centro Tipográfico Colonial L. Rafael Bordalo Pinheiro, Lisboa, 1941;
- COSTA, SALVADOR, *O Concurso de Credores — Sobre as Várias Espécies de Concurso de Credores e de Garantias Creditícias*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009;
- CUNHA, PAULO, *Da Garantia das Obrigações*, Tomo II, Livraria Moraes, Lisboa, 1938-1939;
- DROZ, GEORGES A. L., "L'activité notariale internationale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 280, 1999, pp. 9-133;

- DUARTE, RUI PINTO, *Curso de Direitos Reais*, 3.ª Edição, Princípia, Cascais, 2013;
- FAUS, MANUEL, "Hipoteca en garantía de varias obligaciones", *Breviario Civil*, Vol. II — Derechos reales especiales, Editorial VLex, 2008, disponível na internet via <http://vlex.com/vid/43915063>, consultado em 18 de Junho de 2010,
- FITCHEN, JONATHAN, "Authentic instruments and european private international law in civil and commercial matters: is now the time to break new ground?", *Journal of Private International Law*, vol. 7, n.º 1, 2011, pp. 33-100;
- GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA, *Assunção Fidejussória de Dívida — sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000;
- GORÉ, MARIE, "L'acte authentique en droit international privé", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1998-1999, pp. 23-48;
- GORLA, GINO / ZANELLI, PIETRO, *Del Pegno; Delle Ipoteche*, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca (a cura di Francesco Galgano) — Libro Sesto: Della Tutela Dei Diritti, 4.ª Edição, Zanichelli Editore — Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna — Roma, 1992;
- GUERREIRO, J. A. MOUTEIRA, "O estatuto do conservador", *Boletim dos Registos e do Notariado*, n.º 4 (Abril) — Anexo, 2003, pp. 1-15;
- , "A actividade notarial e registral na perspectiva do direito português", *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 291-323;
- , "Formalizar, desformalizar, desburocratizar, simplificar nos registos e no notariado: Quid iuris?", *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 465-491;
- , "O registo imobiliário — necessário instrumento do progresso económico-social", *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 237-257;
- , "Publicidade e princípios do Registo", *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 17-60;

- , *Ensaio sobre a Problemática da Titulação e do Registo à luz do Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014;
- JARDIM, MÓNICA, *A Garantia Autónoma*, Almedina, Coimbra, 2002;
- , "A privatização do notariado em Portugal", *Revista de Direito Imobiliário*, n.º 58, 2005, pp. 278-300;
- , "A segurança jurídica preventiva como corolário da actividade notarial", *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O Notariado do Século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 193-202;
- JARDIM, MÓNICA / ANDRADE, MARGARIDA COSTA / PATRÃO, AFONSO, *80 Perguntas sobre a Hipoteca Imobiliária*, Coimbra Editora — CENoR, Coimbra, 2015;
- JUSTO, ANTÓNIO SANTOS, *Direitos Reais*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012;
- , "Hipoteca (Direito Romano)", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 88, tomo II (Parte I); vol. 89, tomo I (Parte II), 2012-2013, pp. 541-581 (2012) e 2013-2068 (2013);
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, "Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 530, 1979, pp. 75-183;
- LIMA, FERNANDO PIRES DE / VARELA, JOÃO ANTUNES, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987;
- MARCOS, RUI, "Ars Notariae", *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO E RUY DE ALBUQUERQUE (org.), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 795-804;
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO / PONTE, PEDRO FUZETA DA, *Garantias de Cumprimento*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2006;
- MATIAS, ARMINDO SARAIVA, *Garantias Bancárias Activas e Passivas*, Edições Scripto, Lisboa, 1999;
- MERZ, SANDRO, *Manuale Pratico dei Privilegi, delle Prelazioni e delle Garanzie*, CEDAM, Milão, 1995;



- MESQUITA, M. HENRIQUE, *Direitos Reais*, (policopiado), Coimbra, 1967;
- , *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 2000;
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 1985;
- , “O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, vol. I, 2002,
- MOREIRA, GUILHERME, *Instituições de Direito Civil*, Vol. II, Das Obrigações, Coimbra Editora, Coimbra, 1925;
- PATRÃO, AFONSO, “Contratos de financiamento imobiliário no direito português”, *Cadernos do CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registais*, n.º 1, 2013, pp. 223-267;
- , “A aplicação internacionalmente ampliada das regras de notariado latino nos negócios imobiliários”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. II, Tribunal Constitucional, Lisboa, 2016, pp. 551-609;
- PÉREZ GONZÁLEZ, BLAS / ALGUER, JOSÉ, *Derecho de Cosas*, Traducción de MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts — Sachenrecht*, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas, 8.ª Edición, Barcelona, 1937;
- PINTO, CARLOS A. DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005;
- PINTO, EDUARDO VERA-CRUZ, “O direito das obrigações em Roma”, *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito da Lisboa*, n.º 18 a 23, 1995-1999, n.º 18-19: pp. 19-125; n.º 120: pp. 139-159; n.º 121: pp. 185-156; n.º 122: pp. 197-201; n.º 123: pp. 139-167;
- PLANIOL, MARCEL / RIPERT, GEORGES, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Tomo XII, 1ère partie, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1927;
- RIBEIRO, JOAQUIM SOUSA, *Cláusulas Contratuais Gerais e o Paradigma do Contrato*, Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Vol. XXXV, Coimbra, 1990;

- RUBINO, DOMENICO, *L'Ipoteca Immobiliare e Mobiliare*, Trattato di Diritto Civile e Commerciale — Vol. XIX (dir. ANTONIO CICU e FRANCESCO MESSINEO), Giuffrè Editore, Milão, 1956;
- SERRA, ADRIANO VAZ, "Hipoteca", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.ºs 62 e 63, 1957, pp. 5-364 e 193-396;
- SILVA, JOÃO CALVÃO DA, "Garantias acessórias e garantias autónomas", *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 327-361;
- , *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2001;
- STÖCKER, OTMAR / STÜRNER, ROLF, *Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa*, Band III, 3.ª Edição, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2012;
- TRABUCCHI, ALBERTO, *Istituzioni di Diritto Civile*, 32.ª Edição, CEDAM, Padova, 1991;
- VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *Direito das Garantias*, Almedina, Coimbra, 2010;
- VICENTE, DÁRIO MOURA, *Direito Comparado*, Vol. I, Introdução e Parte Geral, Almedina, Coimbra, 2008;



RESPONSABILIDADE CIVIL POR FALTA DE CONFORMIDADE NOS CONTEÚDOS DIGITAIS: BREVE ANÁLISE ACERCA DA PROPOSTA DE DIRETIVA N.º COM(2015) 634

Aldo Cesar Filgueiras Gaudencio¹

Resumo: O crescimento do mercado de bens e serviços eletrônicos sinalizou à União Europeia, há algum tempo, a necessidade de preencher as lacunas jurídicas introduzidas pelos rápidos avanços do mercado digital, e dar ao acervo dos consumidores a proteção harmônica dos aspectos e das problemáticas contratuais que emergem desse mercado cada vez mais rápido na criação e variação de bens e serviços, pujante no crescimento econômico. O legislador europeu enfrenta a questão ao buscar harmonizar os ordenamentos dos Estados-Membros no tocante aos contratos de compra e venda de produtos de conteúdo digital defeituoso previsto na proposta de diretiva n.º COM(2015) 634, surgida em razão da ausência de normas com vista à proteção dos consumidores, relativamente a conteúdos digitais que não estejam em conformidade com o contrato. A referida proposta complementa a diretiva n.º 2011/83/UE relativa aos direi-

¹ O autor é estudante do Doutoramento em Direito, na vertente de Ciências Jurídico-Civilísticas, pela Faculdade de Direito de Coimbra, onde alcançou a titulo de Mestre em Direito.

tos dos consumidores, transposta para o Decreto-lei n.º 24/2014, que já harmonizou certas regras atinentes ao convencimento de conteúdos digitais, mas carecia de complementação para evitar uma fragmentação jurídica diante de novas regras nacionais distintas da proposta do acerto dos consumidores da União Europeia. O presente estudo pretende ater-se a responsabilidade dos fornecedores nos contratos de compra e venda de produtos de conteúdo digital defeituoso prevista na proposta de diretiva, analisando-a frente aos regimes existentes no ordenamento jurídico, especificamente o Código Civil e o Decreto-Lei n.º 67/2003, relativos aos bens defeituosos nos contratos de compra e venda, e como a doutrina interpretou os problemas advindos da aplicação desses dois regimes.

Palavras-chave: produtos; conteúdo digital; desconformidade; reparação; indemnização

Abstract: The growth of electronic goods and services market signaled the European Union for some time, the need to fill the legal gaps introduced by the rapid advances of the digital market, and give the consumer the harmonic protection from aspects and contractual issues that emerge this increasingly faster market in the creation and change of goods and services, booming economic growth. The European legislator addresses the question to seek ways to harmonize the legal systems of the Member States with regard to the purchase and sale of defective digital content products provided for in the proposed Directive n.º. COM (2015) 634, which arose due to the lack of standards for the protection of consumers in respect of digital content that does not comply with the contract. The proposal complements the directive n.º. 2011/83/EU on consumer rights implemented at the Decree-Law n.º. 24/2014, which already harmonizes certain rules relating to the conviction of digital content, but presented the need of complementary to avoid legal fragmentation before new different national rules of the proposed of encirclement of EU consumers. This study intends to stick to the liability of suppliers in the purchase and sale of defective digital content products provided for



in the proposed directive, analyzing the front of the existing regimes in the legal system, specifically the Civil Code and Decree-Law n.º. 67/2003, related to defective goods in the purchase and sale contracts and as the doctrine interpretation of problems arising from the application of those two schemes.

Keywords: products; digital content; nonconformity; repair; indemnity

1. O direito dos contratos, segurança jurídica e as plataformas em linha

Desde a revolução industrial e o conseqüente crescimento do mercado de consumo que o mercado fornecedor de bens e serviços cresceu, não somente na quantidade de produtos postos em circulação, mas notadamente na variação dos itens lançados aos consumidores. Nesta atmosfera de crescimento da gama de bens ao mercado, o surgimento de uma rede eletrônica de comunicação e interação virtual entre pessoas e pessoas, e pessoas e empresas, o mercado percebeu uma nova variante dos bens e serviços. Um novo ramo de investimento, ideias, mercado, produtos e atividades despontou, e, sem dúvida, esse universo criado com o advento da rede mundial de computadores está fortalecido com o alcance em escala global da *Internet*².

² Cfr. ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES MIRANDA BARBOSA, "Assinaturas eletrônicas e responsabilidade civil das entidades certificadoras: breve apontamento", *Revista do Centro de Direito do Consumo, Estudos de Direito do Consumo*, n.º 9, pp. 209 a 247, (2015), pp. 209 e 210, que entende que "a revolução tecnológica que se operou nos últimos tempos, com a conseqüente afirmação da internet como veículo

Diversas novas relações jurídico-comerciais surgidas provenientes desta gama de bens e atividades são cada vez mais frequentes. A revolução cibernética impulsionou, em breve tempo, o surgimento de novos produtos em linha, e, em conjunto, a venda destes à qualquer parte do globo a partir dos contratos pactuados através dos computadores ligados à rede. São produtos concebidos em meio digital e prontos para serem utilizados por aparelhos eletrônicos como telemóveis, computadores, tablets, dentre outros.

Dentro dessa gama de produtos com conteúdo digital³ identificam-se atualmente os *softwares*, as aplicações, os áudios (ex. *spotify*, *superplay*, *google music*, *apple music*), os vídeos (ex. *compact disc's* e *digital versatile disc's*, cursos vendidos em arquivos digitais através da *internet*, *youtube*, *netflix*, *itunes* da *apple*), serviços de armazenagem em nuvem (ex. *dro-*

de transmissão de informação e de negócios, não poderia deixar o direito indiferente. E, se nos primórdios da abertura do sistema jurídico pelos novos desafios que lhe eram comunicados pela realidade em mutação a atenção se direcionava, sobretudo, para as formas de prevenção e repressão de comportamentos ilícitos levados a cabo em rede, rapidamente se percebeu que a web tinha potencialidades, a que o direito não poderia ser alheio, de operar como veículo de aproximação entre as pessoas e como uma rede comercial". ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, "Comércio eletrônico de conteúdos digitais: proteção do consumidor em duas velocidades?", *Revista do Centro de Direito do Consumo, Estudos do Direito do Consumidor*, n.º 9 (2015) pp. 177-209, p. 177. TERESA MOREIRA, "Novos desafios para a contratação à distância: a perspectiva da defesa do consumidor", *Revista do Centro de Direito do Consumo, Estudos do Direito do Consumidor*, n.º 9 (2015), pp. 19-36.

³ Cfr. Considerando 19 da Diretiva n.º 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva n.º 93/13/CEE do Conselho, e a Diretiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva n.º 85/577/CEE do Conselho, e a Diretiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho; ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, "Comércio eletrônico de conteúdos digitais: proteção do consumidor em duas velocidades?", *Revista do Centro de Direito do Consumo, Estudos do Direito do Consumidor*, n.º 9 (2015), pp. 177-209, p. 178.

pbox, acrobat), imagens (ex. *graphic stock*), e-book (ex. *amazon kindle, ipad books*), jogos eletrônicos (ex. *sony, microsoft*) ou transmissão de eventos desportivos.

Além de novos bens concebidos eletronicamente, há a conceção de serviços fornecidos também pela rede mundial de computadores através das chamadas plataformas em linha (por exemplo, *airbnb, uber, amazon marketplace, blablacar*). Trata-se de uma nova modalidade contratual de prestação de serviços por meio de base de dados em linha, que estabelecem relações triangulares decorrentes desses campos de fornecimentos de serviços.

Está claro que relações contratuais existem todos os dias, nas diversas partes do mundo, e, naturalmente, na Europa, que identificou este mercado digital. Em decorrência surge a regulamentação específica para as garantias aos consumidores. Assim, o legislador europeu percebe a necessidade da existência de regras harmonizadas para o fornecimento de conteúdos digitais em linha de bens. Aliás, nas palavras de PAULO MOTA PINTO, na Europa existe “a mais importante incursão imperativa das instâncias comunitárias no direito contratual interno dos Estados-Membros”⁴.

A proposta de Diretiva n.º COM(2015) 634 aborda dois direitos contratuais: a alteração e a rescisão dos contratos a longo prazo. Além deles, não existem atualmente regras específicas à proteção dos consumidores quando os conteúdos digitais estão em desconformidade com o contrato. A proposta emerge nesta atmosfera como um regulamento de contratos

⁴ Cfr. PAULO MOTA PINTO, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo: a Directiva 1999/44/CE e o direito português”, *Revista do Centro de Direito do consumo. Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2 (2000), pp. 197-332, p. 201.

sobre aspectos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdo digital.

Prima, portanto, buscar eliminar os obstáculos e incertezas jurídicas com que se deparam os consumidores frente às empresas. Assim, o legislador tentará permitir um crescimento mais rápido entre países da União Europeia dentro do mercado digital único, e tentará colmatar a atual lacuna jurídica no acervo dos consumidores.

Para uma melhor metodologia, de modo que a pesquisa alcance seu fim, a pesquisa está limitada a tratar da responsabilidade do fornecedor de produtos de conteúdo digital que esteja em desconformidade com o contrato. Justificamos: a proposta da Diretiva n.º COM(2015) 634 deixa claro a atribuição dos Estados-Membros de identificarem o tipo contratual que trata de fornecimento de conteúdos digitais; também deixa clara a referida proposta de diretiva em seu artigo 2.º, n.º 1, que são conteúdo digitais "os dados produzidos e fornecidos em formato digital", ou "um serviço que permite a criação, o tratamento ou o armazenamento de dados em formato digital" ou também "um serviço que permite a partilha e qualquer outra interação com os dados em formato digital fornecidos por outros utilizadores do serviço".

Assim, parece que o contrato pode ser puramente de compra e venda, ou de prestação de serviços, ou ainda um contrato coligado que envolva a venda de um produto com a prestação de um serviço. Se se pretendesse tratar de todas essas variações possíveis quanto ao fornecimento de conteúdo digital, correr-se-ia o risco de deixar arestas nesta pesquisa, ao passo em que, reafirma-se, analisar-se-á as questões concernentes à responsabilidade do fornecedor nos contratos de compra e venda.

2. Contratos de fornecimento de bens com conteúdo digital

De acordo com a própria proposta de Diretiva, há um mercado único digital que demanda uma maior crescimento, e, para o avanço desse, é preciso “eliminar os principais obstáculos relacionados com o direito dos contratos e que dificultam o comércio transfronteiras”. Ao ultrapassá-los, tendencialmente aumentará “a confiança dos consumidores através do estabelecimento de regras uniformes com direitos claros para os consumidores”⁵.

O que se torna claro, e um breve olhar sobre o mercado de consumo constata isso, é o uso cada vez mais acentuado da *internet* para compra de bens, e, neste contexto, não só bens corpóreos, mas os bens incorpóreos. Pela rápida evolução desse segmento econômico, não surge apenas uma regulamentação interna das compras virtuais, mas, notadamente, das compras transfronteiras, e, ainda mais especificamente, no caso de comunidades econômicas como a União Europeia.

⁵ Cfr. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais n.º COM (2015) 634. Disponível na versão em português em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0634&from=PT> (10.04.2016), que estabelece que “39 % das empresas que vendem em linha, mas não transfronteiras, citam as diferenças nacionais em matéria de direito dos contratos como um dos principais obstáculos às vendas transfronteiras.2 Isto aplica-se especialmente aos meios de compensação no caso de um produto defeituoso, tal como mencionado por 49 % dos retalhistas da UE que vendem em linha e 67 % dos que estão atualmente a tentar vender ou a considerar vender em linha numa base transfronteiras”.

O problema da falta de regulamentação das compras transfronteiras comporta variações e muitos questionamentos que caracem de soluções para proporcionar assim um maior crescimento do setor, baseado na segurança jurídica que um conjunto de regras próprias trará aos consumidores do comércio em linha. Refere-se a direitos contratuais claros para dirimir conflitos entre consumidores e empresas entre Estados Membros da União Europeia que serão fundamentais para transmitir segurança aos utilizadores desse meio de venda de bens de consumo.

Quando estes bens de consumo suportam um conteúdo incorporeo e o seu fornecimento é feito em linha, a União Europeia precisa de uma maior harmonização de normas internas para favorecimento do mercado dos produtos de conteúdo digital. As melhorias na transmissão de dados serão constantes e mais rápidas, o que permitirá um uso maior da diversidade de bens e serviços postos em circulação na *Internet*, de modo que, com maior presença de consumidores na rede, maior será a oferta e publicidade promovida por empresas, e, assim, será maior a celebração de contratos em meio eletrônico.

À bem da verdade, a União Europeia ao longo das duas últimas décadas esteve atenta aos avanços do comércio eletrônico tanto de bens e serviços corpóreos, como, mais recentemente, de bens e serviços incorpóreos devido ao aumento vertiginoso. Neste ínterim, a proposta de Diretiva n.º COM(2015) 634 pretende corrigir as lacunas jurídicas ainda restantes da Diretiva n.º 2011/83/CE com regras que trarão direito contratuais essencialmente à rescisão e à alteração dos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, bem como à reparação dos

consumidores em caso de produtos em falta de conformidade com o contrato.

Assim, construir-se-á um ambiente jurídico mais seguro para aumento das vendas de bens com conteúdo virtual, que por carência de norma própria, nos termos da mencionada proposta de Diretiva “18% dos consumidores que utilizaram a *Internet* para fins privados em 2014 compraram em linha a outro país da UE, enquanto 55% o fizeram no mercado nacional”. A pouca utilização deste segmento – comparado às pontencialidades que detém - faz acumular prejuízos no setor “durante os últimos meses” que alcançam a cifras compreendidas “entre 9 e 11 mil milhões de EUR”⁶.

2.1 A proposta de Diretiva n.º COM(2015) 634: aspectos genéricos

Dentro deste contexto, a proposta de Diretiva mencionada prevê no seu artigo 1.º o estabelecimento de requisitos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdo digital para consumidores. Frise-se que não há previsão expressa do tipo contratual – quer seja de compra e venda ou prestação de serviços, ou de outro tipo contratual -, matéria, por conseguinte, que deverá ser tratada pelos Estados Membros no momento das transposições às suas legislações.

⁶ Cfr. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais n.º COM(2015) 634 FINAL - 2015/28. Disponível na versão em português em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0634&from=PT> (10.04.2016)

Porém o que a Diretiva especifica, ainda no supra artigo, é que a proposta, mormente, compõe um conjunto de “regras de conformidade dos conteúdos digitais com o contrato, meios de compensação em caso de falta da referida conformidade e as modalidades de exercício dos mencionados meios de compensação, bem como regras referentes à alteração ou à rescisão de tais contratos”.

A presente proposta tem base jurídica no artigo 114.º do Tratado de funcionamento da União Europeia e o seu principal objetivo é a “melhoria do estabelecimento e funcionamento do mercado interno”.

O mercado de venda de bens com conteúdos digitais é bastante aquecido, mas não há uma unidade de direitos e obrigações na relação consumidor e fornecedor entre os Estados-Membros. Dessa maneira, a União Europeia precisa adotar medidas que universalizem regras imperativas para o direito dos contratos transfronteiriços celebrados em linha, além disso assegurar que todos os consumidores sejam beneficiados no mesmo nível elevado de proteção.

Por essas razões, “a escolha da forma jurídica de uma Diretiva, em vez de um regulamento, terá como resultado uma interferência muito menor no direito nacional, uma vez que deixa aos Estados-Membros liberdade para adaptar a aplicação ao respectivo direito nacional”. Um exemplo disso é a não tipificação contratual na relação obrigacional prevista, de modo que os Estados-Membros decidirão se tratarão de um contrato de compra e venda ou de serviços, ou de aluguel ou um contrato *sui generis*.

A proposta de Diretiva não deve afetar as legislações

nacionais, mantendo a liberdade dos Estados-Membros para estabelecer regras ao exercício de direitos como a indenização, rescisão do contrato, prazos ou direito de regresso.

Outro aspecto a ser destacado na propositura é a necessidade de alcançar certos serviços não previstos na Diretiva n.º 2001/83/UE. Dessa maneira, não deve ater-se apenas aos aspectos de celebração do contrato à distância, mas também aos serviços de descarga feitos pelos consumidores, acesso de conteúdos mantidos em linha, acesso às redes sociais e aos dados nela armazenados, além de permitir criação, tratamento e armazenamento de dados.

Deste modo, servirá para regular os novos conteúdos digitais a serem inseridos em suportes específicos, não se constituindo objeto dela os conteúdos que constituem parte integrante de bens – a exemplo de um video game, no qual nele está inserido um jogo. No entanto, deixa clara que deve ser aplicada a bens como DVD (*digital versatile Disc*) e CD (*compact disc*), os quais incorporam conteúdos digitais de tal forma que os bens funcionam apenas como meio de transporte de conteúdos digitais, ou seja, conteúdos digitais em suporte duradouro.

Outro aspecto, destaque-se, é a importância que têm as informações e dados pessoais dos indivíduos fornecidos sem contrapartida do dinheiro propriamente. Seriam exemplos as plataformas digitais que disponibilizam artigos acadêmicos, requerendo para descarregamento apenas o fornecimento de dados pessoais – exemplo da www.academia.edu.

Dessa maneira, percebe-se que não proteje apenas os consumidores que celebraram contratos onerosos com o pagamento de quantia em dinheiro, mas também àqueles que

apenas disponibilizaram informações pessoais; como consequência, tem-se o valor para o mercado único digital de dados e informações pessoais, de modo a comporem um grande cadastro com informações de valor comercial.

Porém, como enfatiza a proposta “não se aplica às situações em que o fornecedor recolhe os dados necessários para que os conteúdos digitais funcionem em conformidade com o contrato, bem como recolhe dados pessoais ou informação gerada ativamente”.

Além disso, percebe-se ser relevante a preocupação da proposta com o tratamento isonômico que as plataformas digitais devem dar aos consumidores, quando arquivos e informações forem criados por esses em ambiente em linha – a exemplo de imagens digitais, ficheiros de vídeo e de áudio, blogues, fóruns de discussão, formatos de colaboração baseada em texto, comentários, conversas, dentre outros. Ainda, termos e condições gerais tipicamente utilizados por fornecedores são permitidos pela proposta que orienta os consumidores a aceitá-las.

É preciso observar-se a não aplicação da proposta de Diretiva a serviços excepcionalmente apenas no caso de o objetivo principal da prestação do serviço ser os conteúdos digitais. Reforça, portanto, que a propositura é apenas para bens de conteúdo digital que estejam em falta de conformidade com o contrato.

Enfatize-se que os dados pessoais de pessoas singulares gozam de atenção e proteção, e são plenamente aplicáveis no contexto dos contratos de fornecimento de conteúdos digitais à disposição das Diretivas n.º 95/46/CE e n.º 2002/58/CE.

Por fim, como elemento nuclear para proteção dos consumidores, há uma ênfase à permanência da qualidade dos

conteúdos digitais durante o período de vigência do contrato, de modo que a desconformidade gerará uma grave violação contratual, permitindo o consumidor a buscar responsabilidade pela falta de conformidade do bem.

2.1.1. *Da necessidade de transposição para o ordenamento jurídico português*

No tocante ao direito português, entende-se ser necessário destacar alguns aspectos. Assim, no ínterim entre a aprovação e a vigência em nível de União Europeia, e a transposição ao ordenamento interno, é tendente que a matéria seja transposta – como via de regra ocorre em outros diplomas europeus. Entende-se que as regras para transposição podem seguir a regra de transposição da Diretiva n.º 1999/44/UE.

A referida Diretiva foi transposta por via de um diploma avulso, o Decreto-Lei n.º 67/2003. Desta sorte, o caminho pelo qual o legislador nacional enveredou passou pela manutenção do regime geral do Código Civil referente à compra e venda de bens defeituosos, preservado mesmo tendo concorrido com o regime especial, da mesma matéria, do citado Decreto-Lei. Assim, não se verificou uma extensão das soluções consignadas na Diretiva a outros diplomas nacionais, o que nos leva a crer que também haverá o dualismo dos referidos regimes com a transposição futura da proposta de Diretiva⁷.

⁷ Cfr. PAULO MOTA PINTO, "Anteprojecto de Diploma de Transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito Português: Exposição de Motivos e Articulado". *Revista do Centro de Direito do Consumo, Estudos do Direito do Consumidor*, n.º 3, 2001, pp. 165-280. No mesmo sentido, JORGE SINDE MONTEIRO, "Proposta de directiva

Pode-se dizer, é o que se apresenta com uma nova Diretiva que trata de aspectos de falta de conformidade entre o contrato e o produto (agora com conteúdo incorporado), e que constitui uma concepção abrangente e unitária do cumprimento, sem correspondência com o regime do Código Civil⁸.

O legislador português encontrar-se-á com várias alternativas para a transposição da futura Diretiva, como pontuou PAULO MOTA PINTO à época da transposição da Diretiva n.º 1999/44/UE⁹.

do parlamento europeu e do conselho relativa à venda e às garantias dos bens de consumo", *Revista Jurídica da Universidade Moderna*, ano I, n.º 1 (1998), pp. 461-479, p. 474. Sobre o projeto de transposição da Diretiva no direito alemão, CLAUS-WILHELM CANARIS, "A transposição da directiva sobre compra de bens de consumo para o direito alemão", *Revista do Centro de Direito do Consumo, Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3 (2001), pp. 49-67

⁸ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de Consumo*, 4.ª ed, Coimbra, Almedina, 2010, p. 81; PAULO MOTA PINTO, "Conformidade e garantias na venda de bens de consumo: a Directiva 1999/44/CE e o direito português", *Revista do Centro de Direito do Consumo, Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2 (2000), pp. 197-332, p. 313.

⁹ Cfr. PAULO MOTA PINTO, "Conformidade e garantias na venda de bens de consumo: a Directiva 1999/44/CE e o direito português", *Revista do Centro de Direito do Consumo, Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2 (2000), pp. 197-332, p. 313 que estabelece que "uma delas seria a transposição da Diretiva *qua tale*, numa lei especial, limitada às vendas de bens de consumo", mas "tal opção teria, porém, como resultado a acentuação da dispersão, por diversos diplomas". Segundo o autor, "uma segunda possibilidade seria a de tentar uma transposição da directiva que incluisse, substancialmente, o alargamento de várias das suas disposições a compradores não consumidores"... "aproveitando para integrar nesta noção de conformidade com o contrato". Ainda "uma terceira solução – de certa forma inversa da anterior – consiste na manutenção e aprofundamento do regime especial já hoje resultante da LDC para as vendas a consumidores..."; Cfr. PAULO MOTA PINTO, "Reflexões sobre a transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português", *Themis*, ano II, n.º 4 (2001), p. 195-218.



2.2 A abordagem dos conteúdos digitais no ordenamento jurídico da União Europeia

A proposta de Diretiva abordada trata especificamente do conteúdo digital dos contratos. No entanto, o contexto desses conteúdos digitais, ou seja, o comércio eletrônico, já é matéria de ampla atenção do legislador europeu que percebe ao longo da última década e na primeira metade desta a necessidade de esforços para estudar e perceber os rumos da regulamentação dos comportamentos mercantis em meio virtual.

Assim, em matéria de disciplina de contratos de conteúdo digital, existe na União Europeia a Diretiva n.º 2011/83/UE, relativa aos direitos dos consumidores, que já harmonizou completamente certas regras do fornecimento de conteúdos digitais (sobretudo os requisitos de informação pré-contratual e o direito de retratação).

Relativa à temática, a Diretiva n.º 2000/31/CE, atinente a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno que, entre outros conteúdos, estabelece, em parte, regras harmonizadas em matéria de contratos celebrados por meios eletrônicos.

Como também inserem-se nesta área, e não se pode excluir: a Diretiva n.º 1995/46/CE, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados; e a Diretiva n.º 2002/58/CE, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas, que são

plenamente aplicáveis ao fornecimento de conteúdos digitais.

Dessa maneira, a concretização da proposta da Diretiva promoverá alteração em outras normas da União Europeia. Conforme identificação ao final da proposta, nos considerandos 50 e 52, que, respectivamente, prevêm a alteração da Diretiva n.º 1999/44/CE, para "refletir o âmbito de aplicação da presente Diretiva em relação a um suporte duradouro que incorpore conteúdos digitais", e a Diretiva n.º 2009/22/CE, "a fim de assegurar que os interesses coletivos dos consumidores previstos na presente Diretiva são protegidos"¹⁰.

3. O regime de bens de conteúdo digital através da proposta de Diretiva n.º COM(2015) 634

3.1. Âmbito de aplicação

A proposta de Diretiva estudada limita seu âmbito de aplicação tendo em conta por um lado os sujeitos intervenientes e, por outro, o seu objeto. Diferentemente de outras Diretivas, não houve delimitação dos contratos abrangidos ao prever que ficará a cargo dos Estado-Membros esta atribuição em consonância com suas realidades legislativas, e que o contrato poderia ser um contrato de compra e venda ou de prestação

¹⁰ Cfr. Considerando 50 e 52 da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais n. COM(2015) 634 FINAL - 2015/28. Disponível na versão em português em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0634&from=PT> (10.04.2016)

de serviços, contrato de aluguel ou contrato *sui generis*. Estabelece que é aplicável "fornecimento de conteúdos digitais para os consumidores", e em função desses estabelece "regras de conformidade dos conteúdos digitais com o contrato, meios de compensação em caso de falta da referida conformidade e as modalidades de exercício dos mencionados meios de compensação, bem como regras referentes à alteração ou rescisão de tais contratos"¹¹. Analise-se melhor o seu âmbito de aplicação.

3.1.1 Âmbito subjetivo

O âmbito de aplicação subjetivo desta Diretiva está restrito a consumidores e profissionais nas relações contratuais que têm como objeto conteúdos digitais dirigidos a consumidores, esses definidos como "pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente Diretiva, atue com fins que não se incluam no âmbito da atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional da mesma"^{12/13/14}.

¹¹ Vide artigo 1º.

¹² Cfr. artigo 2º, n.º 4

¹³ Sobre o conceito de consumidor no direito português a visão de Cfr ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, vol. 1, tomo 1, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 202, admite que "em rigor, a expressão técnica preferível deveria ser consumidor e não consumidor".

Uma noção de consumidor é uma "verdadeira pedra angular" e "não há dúvida de que as questões que mais problemas tem acarretado no direito do consumo dizem respeito à correta aplicação desse complexo de normas, pois pressupõe uma correta definição ou delimitação". Cfr. FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O conceito de consumidor: perspectivas nacional e comunitária*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 51.

Neste sentido, convém destacar que o conceito de consumidor é relacional e depende da relação jurídica estabelecida com determinado profissional.

Perceber-se-á que o comportamento do legislador sobre

Assim, o consumidor existe para o direito do consumo, como o direito comercial existe para os atos do comércio. Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 114. Com este mesmo pensamento, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 45 que afirma que "uma pessoa será ou não consumidor num determinado acto ou numa determinada situação, mas não há pessoas que em absoluto, sejam consumidores. Pode é haver pessoas cujo estatuto seja sempre incompatível com a qualificação concreta de consumidor".

Assim, percebe-se que a noção ou definição de consumidor não é fixa e absoluta, e não é um grupo ou categoria por si própria, a sua noção é alvo de mutação ao longo do tempo. A noção mais relevante de consumidor é a estabelecida no texto da lei geral do consumidor, lei nº 24, de 31 de julho de 1996, porque incorpora os princípios gerais do direito do consumidor, além de que outros diplomas fazem remissão expressa à definição dessa lei. Em caso de ausência da noção de consumidor ou até de remissão à doutrina, percebe ser tendente a adoção da mencionada noção.

Nos termos do artigo 2º, nº 1, da lei de geral do consumidor, "considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios".

Desta noção de consumidor, cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, Coimbra, Coimbra, 1982, pp. 208 a 210; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Negócio Jurídico de Consumo", *Boletim de Ministério da Justiça*, nº 347 (1985), p. 12, o autor integra o elemento objectivo no elemento teleológico; também neste sentido, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "O consumidor na ordem jurídica portuguesa", *PdD*, ano II, nº 2 (1984), pp. 13 a 18, p. 14, que aponta a extração de quatro elementos, são eles: 1) elemento subjectivo; 2) elemento objectivo; 3) elemento teleológico; e 4) elemento relacional.

O primeiro elemento está presente na expressão "todo aquele" e a sua generalidade permite entender que consumidor pode ser qualquer pessoa singular (física) ou colectiva (jurídica). O segundo elemento está na expressão "quem sejam fornecidos bens, prestados serviços e transmitidos quaisquer direitos" – vê-se que é amplo -, manifestando a pretensão de abarcar qualquer relação estabelecida entre as partes. Cfr PAULO DUARTE, "O conceito jurídico de consumidor, segundo o art. 2º/1 da lei de defesa do consumidor", *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 75 (1999), pp. 661 a 665. Quanto ao terceiro elemento, que consta na expressão "destinados a uso não profissional", o legislador pretendeu estabelecer um critério finalista da noção, porém, há discussão no caso de a finalidade ser mista, ou seja, tanto para uso profissional quanto para uso não profissional. Em relação ao elemento teleológico, o legislador português pareceu excluir da noção de consu-

qual conceito de consumidor será previsto no futuro diploma de transposição, constante da proposta de Diretiva, ou remeterá

midor as pessoas singulares ou colectivas que actuam no âmbito de uma atividade económica. Cfr. SANDRINA LAURENTINO, 'Os destinatários da legislação do consumo', *Estudos em Direito do Consumidor, Centro de Direito do Consumo*, n.º 2 (2000), p. 424; FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O conceito de consumidor...cit.*, p. 88; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do consumo...cit.*, p. 31, afirma que a lei portuguesa "usando uma fórmula indefinida, deixa [...] a questão em aberto"; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, "O direito do consumo: autonomização e configuração dogmática", *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Luiz Menezes Leitão (coord.), vol. I, Coimbra, Almedina, 2002, p. 22; TERESA ALMEIDA, *Lei de defesa do consumidor: anotada*, 2ª ed., Lisboa, Instituto do Consumidor, 2001, p. 29; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, "Caveat venditor? A Diretiva 1999/44/CE do Conselho e Parlamento Europeu sobre a Venda de Bens de Consumo e Garantias Associadas e suas Implicações no Regime Jurídico da Compra e Venda", *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, *Direito Privado e Vária*, Coimbra, 2002, p. 263-30.

Por fim, o quarto elemento está na expressão "pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios". cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Da natureza Civil do direito do consumo", *Revista O Direito*, n.º 04 (2004), p. 615.

¹⁴ O decreto-lei n.º 67/2003 na alínea a) do Art. 1.º-B define o consumidor, na senda do que já acontecia no 1 do Art. 2.º da LDC, como "aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios (..). O legislador adotou uma conceito em sentido estrito, conforme ARMANDO BRAGA, *A venda de coisas defeituosas no código civil: a venda de bens de consumo*, Porto, 2005; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 59.

Contrariamente ao sentido mais amplo adotado na doutrina que entende consumidor como *consumador*. Neste sentido cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, cit., 1999, p. 58.

Ainda sobre o conceito de consumidor, percebe-se que o regime especial de bens de consumo se aplicará ao consumidor que der destinação não profissional ou comercial ao bem adquirido, assim um profissional, pessoa singular, pode ser consumidor, desde que eu não destine os bens a fins econômicos, mas estritamente a fins particulares, no âmbito doméstico. Neste sentido, cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, "Ser ou não ser conforme, eis a questão. Em tema de garantia legal de conformidade na venda de bens de consumo", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 21 (2008), p. 3; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas...cit.*, pp. 123 e 124; ; FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O conceito de Consumidor ... cit.*; ARMANDO BRAGA, *A venda de coisas defeituosas no código civil...cit.*, p. 64.

à conceituação presente na Lei de Defesa do Consumidor, no art. 2.º, n.º1, o que, tomando por base o disposto no Decreto-Lei n.º 67/2003, tende a ser feito.No outro pólo da relação jurídica, a proposta de Diretiva convencionou denominar de fornecedor o profissional que na condição de pessoa singular ou coletiva “atue, inclusivamente através de qualquer outra pessoa em seu nome, para fins relacionados com a sua atividade comercial, empresarial, artesanal ou profissional”¹⁴.

Os conteúdos digitais devem ser prestados por um profissional que exerça um atividade econômica que vise a obtenção de benefícios, excluídas portanto as relações que se estabeleçam entre dois profissionais ou entre duas pessoas singulares. A atividade profissional deve ser exercida com habitualidade¹⁵, por oposição a atividades esporádicas, em razão de não se encontrar em posição de supremacia em relação ao consumidor, o que não justifica a proteção desse. No entanto, há atividades que, embora não dominantes, sejam frequentes, mas se faz necessária a verificação da fragilidade do consumidor na relação jurídica com o profissional no caso concreto.

¹⁴ Cfr. artigo 2.º, n.º 3.

¹⁵ Cfr. PAULO DUARTE, “O conceito jurídico de consumidor, segundo o art. 2º/1 da lei de defesa do consumidor”... cit., p. 669, que entende que “o fornecedor desinserido da rotina diária da actividade não desfrutará, provavelmente, da experiência negocial da actuação no mercado que constitui a génese do típico desequilíbrio que perpassa as relações contratuais em que intervém o consumidor”; JORGE PEGADO LIZ, *Introdução ao direito e à política do consumo*, Lisboa, Editorial Notícias, 1999, p. 189, que entende que “o carácter profissional acrescido ao desempenho da actividade económica constitui e representa (...) uma limitação que se afigura inoportuna e incorrecta”.

3.1.2 Âmbito objetivo

Tratando do âmbito subjetivo, cumpre agora determinar a que negócios jurídicos se aplica uma relação contratual cujo objeto é o fornecimento de conteúdo digital. A proposta de Diretiva faz referência ao fornecimento como “a concessão de acesso a ou a disponibilização de conteúdos digitais”¹⁷. Delimita os conteúdos digitais como sendo: a) “dados produzidos e fornecidos em formato digital, por exemplo, ficheiros de vídeo e áudio, aplicações, jogos digitais e qualquer outro tipo de programas informáticos”; b) “um serviço que permite a criação, o tratamento ou o armazenamento de dados em formato digital, sempre que tais dados sejam fornecidos pelo consumidor; e c) “um serviço que permite a partilha e qualquer outra interação com os dados em formato digital fornecidos por outros utilizadores do serviço”¹⁸.

Neste contexto, convém ressaltar um aspecto considerado importante no âmbito de aplicação da Diretiva proposta, tratando-se da contrapartida ao profissional pelo fornecimento do conteúdo digital que é um preço pago ou sob a forma de dados pessoais, ou quaisquer outros dados. É importante considerar que deixa esclarecido a necessidade dos dados pessoais como contrapartida ao fornecimento do conteúdo digital, ou seja, não pode utilizar os dados pessoais de modo incompatível com seu propósito comercial¹⁹.

¹⁷ Cfr. artigo 2.º, n.º 11.

¹⁸ Cfr. artigo 2.º, n.º 1.

¹⁹ Cfr. artigo 3.º.

3.2 O dever de entrega de conteúdo digital conforme o contrato: o conceito de conformidade

Tratando-se ou de um contrato de compra e venda ou de um contrato de prestação de serviços, o conteúdo digital tem que estar em conformidade com o que foi acordado inter partes.

Como ocorreu com o Decreto-lei n.º 67/2003, a proposta de Diretiva tende a ser transposta abordando apenas alguns aspectos da venda ou prestação de serviços dos conteúdos digitais. O legislador português poderá optar por regulação específica de alguns pontos próprios a este tema, mantendo regime jurídico do contrato de compra e venda e o regime jurídico do contrato de compra e venda de bens defeituosos.

É imperioso mostrar que a proposta de Diretiva considera que o fornecedor deve fornecer os conteúdos digitais na execução do contrato “ao consumidor, ou a um terceiro que explore uma instalação física ou virtual para colocar os conteúdos digitais à disposição do consumidor ou que permita ao consumidor aceder aos mesmos e que tenha sido escolhido pelo consumidor para receber os conteúdos digitais”²⁰.

Assim, sendo consumidor ou terceiro os destinatários do conteúdo digital, o conteúdo imperiosamente deve estar em conformidade com o contrato como forma de cumprimento das disposições contratuais assumidas pelo fornecedor.

O conceito de conformidade principia no direito do co-

²⁰ Cfr. artigo 5.º.



mércio internacional²¹, adentrando no direito português pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, norma de transposição da Diretiva n.º 1999/44/CE²². Assente na doutrina a percepção de que a verificação da conformidade é muito favorável ao consumidor do que baseada na análise do defeito e pressupostos de erro²³.

Sabe-se que o direito português trata do cumprimento contratual nas relações contratuais de compra e venda de bens através do regime geral do Código Civil²⁴, e do regime es-

²¹ Cfr. JÉRÔME FRANK, "Directive 1999/44 du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation JOCE L 171, 7 juillet 1999", *Revista do Centro de Direito do Consumo, Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2 (2000), pp. 159-180, p. 173; DÁRIO MOURA VICENTE, "A convenção de viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias: características gerais e âmbito de aplicação", *Estudos de Direito Comercial Internacional*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 271-288, p. 281.

²² Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, "O Ónus da Denúncia do Defeito da Empreitada no Artigo 1225.º do Código Civil: o facto e o direito na interpretação dos documentos", *Revista O Direito*, Ano 131.º, I-II (1999), pp. 231-281, p. 237, que estabelece que a "desconformidade, ou defeito, pode referir-se a um padrão comum (a qualidade normal da prestação) ou à estipulação das partes (a qualidade acordada da prestação): no primeiro caso, verifica-se um vício (da prestação e, se esta for de coisa ou de facto de que resulte a produção duma coisa, também da coisa prestada ou produzida); no segundo caso, verifica-se uma simples desconformidade".

²³ Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, "Erro e incumprimento na não-conformidade da coisa com o interesse do comprador", *Revista O Direito*, ano 121, III, (1989), pp. 461-484, p. 474, que estabelece que "o argumento de que na compra e venda, por força do seu efeito translativo automático, as qualidades não poderiam fazer parte do objecto contratual. É que deve reconhecer-se que o adquirente continua a querer aqui, essencialmente, aceder a um bem que lhe proporcione as utilidades próprias das do seu género, não se limitando a querer o efeito translativo".

²⁴ Entendemos ser importante uma análise breve ao regime geral do código civil português nas disposições concorrentes à matéria, afinal, caso o regimento dos conteúdos digitais proposto pela União Europeia ingresse no ordenamento jurídico português, haverá de compor-se com o regime geral.

Cabe-nos afirmar que nos termos do código civil, segundo a doutrina variada, a lei consagrou um regime híbrido para resolução desta problemática. Isto porque estabelece que a anulação do negócio está ligada a um regime de vícios de vontade, desde que verificados a essencialidade do erro e do dolo,

sendo possível seguir este caminho. Ver artigo 905.º do código civil. Neste sentido cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas...* cit., p. 41.

Mesmo que o comprador verifique previamente a existência de ônus, conforme n.º1 do artigo 911 do código civil, este terá apenas o direito a uma redução do preço, caso entenda por celebrar o contrato com o vendedor. Neste sentido cfr. LUCAS PIRES DE LIMA e JOÃO ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, II vol., 4.º ed., Almedina, Coimbra, 1986, p. 208.

Por imposição legal, o vendedor tem a obrigação de cumprir a entrega do bem, e a violação de entrega do bem fará incorrer o vendedor em responsabilidade perante o comprador a que se cumulará a indenização devida pela anulação do contrato, ou redução do preço, conforme se tratar de erro simples ou agravado por dolo. Esta é a leitura compreendida dos artigos 907.º, 908.º, 909.º e 910.º do código civil.

Percebe-se que do regime geral do cumprimento das obrigações extrai-se que a coisa deve ser entregue conforme disposto em instrumento contratual, estando livre de vícios de direito, bem como de vício físico ou intrínseco, cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas...* cit., p. 42. Aplicar-se-á o disposto no artigo 913.º, n.º 1 e 2 do código civil com as devidas adaptações. Neste contexto convém destacar cfr. António Pinto Monteiro, "Garantias na venda de bens de consumo: a transposição da directiva 1999/44/CE", *Revista do Centro de Direito do Consumo, Estudos de Direito do Consumo*, n.º 5 (2003), pp. 123-138, p. 126, que ensina-nos que "o regime da venda de coisa defeituosa aplica-se aos casos de coisa específica, enquanto na venda de coisa genérica ou coisa futura, estão vinculadas as normas aplicadas ao incumprimento de obrigações".

Desta forma, quanto a coisa defeituosa, sujeitam-se ao regime legal do Código Civil, os vícios de qualidade identificados como "desconformidade ou não conformidade", neste sentido cfr. LUCAS PIRES DE LIMA e JOÃO ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*..cit., p. 211; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso: em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 1994, p. 189, "a desconformidade deve ser aferida a vontade das partes expressa em contrato ou pela função normal das coisas da mesma categoria". Acerca disso, cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas...* cit., p. 45 que diz que "objetivação do padrão de qualidade (...) que se inscreve e potência nos quadros gerais de uma objetivista interpretação e integração do negócio jurídico: ali, pelo critério da teoria da impressão do destinatário normal e razoável, colocado na posição do destinatário real (art. 236); aqui, não só e não tanto pela ressalva inicial feita no art. 239º (...) mas sobretudo pelo recurso ao princípio da boa fé em nome da justiça comutativa actual, derogador, se necessário, da vontade hipotética ou conjectural das partes".

Nesta atmosfera, insta destacar que sendo ocultos os vícios de qualidade da coisa, incluindo-se assim, neste conceito, aparentes, desde que não percebidos pelo comprador. Em sentido contrário cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso...*cit., pp. 205-206; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, "O novo regime da venda de bens de consumo", *Estudos de Direito do Consumidor*, Vol. II., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 37-73, p. 54.

pecial, referenciado pelo Decreto-lei n.º 67/2003²⁵. Percebe-se

Ainda dentro da abordagem do regime comum de venda de coisa defeituosa, entendemos ser necessário lembrar que não o usufrui de autonomia dogmática própria, assim por entendimento da doutrina tradicional, o artigo 905, aplicável ao artigo 913, ambos do código civil, remete à disciplina da violação positiva do contrato os institutos do erro e do dolo. A garantia, por conseguinte, é um dever autônomo e acessório do dever de entrega da coisa, e responsabiliza-se o vendedor, pois impende sobre ele a obrigação acessória de garantia da ausência de defeito no produto. Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, "Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas", *Boletim do Ministério da Justiça* (1972), pp. 06-07; LUCAS PIRES DE LIMA e JOÃO ANTUNES VARELA. *Código civil anotado..cit.*, p. 182.

Registe-se que a teoria do erro contrapõe-se a teoria do cumprimento, e por esta a entrega da coisa que divirja da estipulação contratual não será reconduzida ao instituto do erro, e sim do incumprimento do contrato por parte do devedor, pois as partes puseram em cláusula a qualidade da coisa, e esta, depois de entregue, não as tem. Assim, uma vez que o defeito resultou do contrato, melhor que se fale de resolução, e não de anulação. cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas... cit.*, p. 58; JOÃO BAPTISTA MACHADO, "Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas", *cit.*; ARMANDO BRAGA, *A venda de coisas defeituosas no código civil...cit.*, pp. 20-21.

Por fim, pelo exposto, a reparação/substituição da coisa defeituosa são direitos ao cumprimento do contrato. Nas palavras de cf. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas... cit.*, p. 64: "A culpa constitui questão relevante para valorar a conduta do vendedor e para a reparação do dano, mas não já para a ação de cumprimento". Observa-se que, mesmo que o vendedor desconheça sem culpa o vício presente na coisa, esta deve ser reparada ou substituída. No entanto, segundo égide do artigo 799º, n.º 1 do código civil, provando o vendedor um desconhecimento sem culpa, não terá obrigação de indenizar o comprador em caso de não desconhecer sem culpa o vício. Ressalte-se ainda, restarem salvaguardados os direitos do comprador, quais sejam: resolução por incumprimento, indenização do dano moratório e de exceção do não cumprimento.

²⁵ Não é demasiado ressaltar que a proposta de Diretiva aqui tratada não dispõe de abordagem doutrinária específica. No entanto, há necessidade de fazer-se referência aos aspectos da conformidade dos bens tratados no Decreto-lei n.º 67/2003, ademais, em razão do tratamento análogo – é o que nos parece – dado a conformidade de bens de consumo, previsto no mencionado decreto-lei e a proposta de Diretiva.

Dessa maneira, o conceito de conformidade tem o condão de dar unidade ao regime, e, consequentemente, tende a dar maior proteção ao consumidor. cfr. Paulo Mota Pinto, *Conformidade e garantias na venda de bens de consumo...cit.*, pp. 197-332. Mesmo no regime comum, há autores que consideram o conceito de conformidade implicitamente presente no princípio da pontualidade

que, caso seja aprovada a proposta de Diretiva, mormente a sua disponibilidade para apreciação do legislador português, não haverá grandes alterações, em específico, se se comparar a postura do legislador português na transposição da Diretiva n.º 1999/44/CE para o referido Decreto-lei.

Trata, em síntese, de uma mistura de critérios de conformidade legal e contratual com base nos quais é avaliada a qualidade dos conteúdos digitais. Há a necessidade desses conteúdos estarem conforme o previsto em contrato, e, em caso de ausência de padrão de referência de conformidade previsto no instrumento obrigacional, levar-se-ão como referência de aferição de conformidade outros bens com conteúdo digital que contenham a mesma descrição²⁶.

Além disso, trata o supracitado artigo que, caso seja du-

no cumprimento das obrigações, conforme artigos 406º, 763º e 882º do código civil. cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Ser ou não ser conforme, eis a questão...* cit., p. 3-20, p. 10.

Assim, a aceitação do conceito de conformidade facilita a defesa do comprador/consumidor que após receber o bem é que poderá aferir as características do bem, e, por conseguinte, verificar a conformidade ou não de acordo com o contrato, neste sentido cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Vol. I, Coimbra, 1992, p. 641 e ss. Caso tivesse que seguir o regime híbrido do Código Civil, as dificuldades do comprador comprovar o incumprimento seriam maiores, cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, "A convenção de viana sobre a compra e venda internacional de mercadorias"...cit., p. 133. A responsabilidade do devedor pautada no conceito de conformidade do bem alcançará sua verdadeira matriz principal. Cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Ser ou não ser conforme, eis a questão...* cit., p. 09; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas...* cit., p. 116.

Por regra do art. 2º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 67/2003 "o vendedor tem o dever de entregar ao consumidor bens que sejam conformes com o contrato de compra e venda". Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Garantias na venda de bens de consumo a transposição da directiva 1999/44/CE", *Revista do Centro de Direito do Consumo, Estudos do Direito do Consumidor*, n.º 5 (2003), pp. 123-139, p. 134.

²⁶ Cfr. artigo 6.º



radouro o período de fornecimento do conteúdo digital, esse deverá ser conforme a disposição contratual durante a vigência do mesmo, e, destaque-se, a versão atual do conteúdo digital deve ser sempre disponível ao consumidor, mesmo que à época da celebração do contrato outra versão existisse.

Percebe-se, ainda, que a proposta de Diretiva abordada coloca no seu considerando 26, que “os conteúdos digitais necessitam de interagir com outros equipamentos digitais para funcionarem devidamente. Assim, a interoperabilidade deve fazer parte dos critérios de conformidade”. E, ainda, no considerando 31 que “a conformidade abrange tanto os vícios materiais como os vícios jurídicos”.

Uma palavra importante neste considerando 26 é “interagir”, que será tratada com especificidade no artigo 7º da proposta de Diretiva n.º COM(2015) 634, e que vem conceituada no número 2 do artigo 2.º como “a interligação dos diferentes componentes de um ambiente digital por forma a agir como um todo coordenado, em conformidade com a finalidade prevista”. Assim, por exemplo, se eu descarrego uma aplicação ao meu telemóvel, esta aplicação deve corresponder aquele tipo de telemóvel, que tem as características necessárias para o uso do conteúdo digital fornecido através da aplicação.

Nesta esteira, se “o conteúdo digital for incorretamente integrado no ambiente digital do consumidor, qualquer falta de conformidade resultante da integração incorreta é considerada como falta de conformidade dos conteúdos digitais”, nos casos que “os conteúdos digitais tiverem sido integrados pelo fornecedor ou sob a responsabilidade do fornecedor” e, ainda, conforme a proposta de diretiva, “os conteúdos digitais se destinarem

a serem integrados pelo consumidor e a integração incorreta se ficar a dever a deficiências nas instruções de integração”²⁷.

Mesmo sob as condições previstas na proposta, percebe-se que a integração entre componetes digitais compõem o conjunto necessário para a conformidade do conteúdo eletrônico.

Ademais, um aspecto relevante é a *conformidade no momento da entrega do bem*, e, essencialmente, em outras palavras, qual o instante para se verificar a conformidade do conteúdo digital com o conteúdo descritivo deste bem no contrato. Assim, sob a égide do Decreto-Lei n.º 67/2003²⁸, os bens físicos devem estar em conformidade no momento da entrega do bem ao consumidor, *ex vi* do artigo 3, n.º 1. Mas qual seria o momento de verificação da conformidade do bem quando o objeto do contrato de consumo tem conteúdo digital?

Para responder esta pergunta, saliente-se o item 2 do artigo 5º da proposta de Diretiva n.º COM(2015) 634, que prevê que “o fornecedor fornece os conteúdos digitais imediatamente após a celebração do contrato, salvo acordo em contrário das partes”. Por este dispositivo, verificamos que a intenção do legislador europeu é determinar como momento de conformidade do conteúdo digital o momento imediato após a celebração do contrato, salvo acordo contrário das partes.

²⁷ Cfr. artigo 7.º

²⁸ Acredita-se ser importante observar comparativamente algumas disposições sobre a conformidade no momento da entrega para a venda de bens defeituosos para consumo, sob o disciplinamento do Decreto-Lei n.º 67/2003. Nesta esteira, nos termos do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 67/2003, “o vendedor responde perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista no momento em que o bem lhe é entregue”.

4. Esfera de risco/ responsabilidade

A proposta de Diretiva estabelece que “o fornecedor é responsável perante o consumidor em caso de não fornecimento dos conteúdos digitais, falta de conformidade no momento em que os conteúdos digitais são fornecidos, e sempre que o contrato estabelecer que os conteúdos digitais devem ser fornecidos por um determinado período, qualquer falta de conformidade que ocorra durante esse período”²⁹.

O profissional ou fornecedor deve fornecer o bem ao consumidor em plena conformidade com o estabelecido interpartes, sob pena de, independentemente de culpa, responder pelas faltas de conformidade imediatamente após a celebração do contrato, conforme referido no tópico acima. Este é o momento que se revela a determinação da responsabilidade do vendedor e já não o momento da transferência da propriedade ou da transferência do risco, conforme artigo 796º do Código Civil³⁰.

Os artigos 795º e 797º do Código Civil, aplicáveis *ex vi* o artigo 918º do referido Código, em síntese, dispõem que nos

²⁹ Cfr. artigo 10º.

³⁰Cfr. ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES MIRANDA BARBOSA, *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspectivas em matéria denexo de causalidade*. Princípio: Cascais, 2014, p. 39, que entende que “importa, por isso, curar da circunscrição de uma esfera de risco a partir da qual se desenhará a imputação objetiva de um certo dano (primário) a uma conduta lesante” e, mais adiante (p. 42) acresce que ou uma pessoa atua concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada; ou a esfera de risco responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo”.

negócios em que há a transferência de propriedade sobre uma coisa, o risco do perecimento da coisa ou da sua deterioração, por ato de terceiro ou caso fortuito, corre por conta do adquirente. Se a questão do termo ou da condição resolutiva não tem grande importância para a maioria dos negócios com consumidores, o mesmo não se passa com a hipótese do Art.º 797.º CC, no qual se estabelece que, convencionado o envio do bem adquirido, responderá pelo risco do seu perecimento ou deterioração o alienante até à sua entrega ao transportador ou expedidor da coisa.

Isto posto, acredita-se que o regime especial para contratos de fornecimento de bens de conteúdo digital, no compasso do que ocorreu com a égide do Decreto-Lei n.º 67/2003, estabelece que a transferência do risco aconteça no momento do fornecimento do conteúdo digital, logo após a celebração do contrato³¹.

Mutatis mutandis, há uma transferência de risco ao consumidor do conteúdo digital fornecido pelo profissional³². O sim-

³¹ Cfr. PAULO MOTA PINTO, "Conformidade e garantias na venda de bens de consumo"...cit., pp. 250-251; JORGE SINDE MONTEIRO, "Proposta de directiva do parlamento europeu e do conselho relativa à venda e às garantias dos bens de consumo", *Revista Jurídica da Universidade Moderna*, ano I, n.º 1 (1998), pp. 461-479, p. 466; NUNO AURELIANO, *O risco nos contratos de alienação: contributo para o estudo do direito privado português*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 383. Em sentido contrário cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas...* cit., pp. 99 e 100.

³² Cfr. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 114-115 que entende que "mantendo imodificadas as regras de repartição do risco de deterioração ou de perda da coisa, constantes dos arts. 408.º, n.º 1, e 796.º do código civil (que determinam a transferência do risco no momento da celebração do contrato), o art. 3.º do DL 67/2003 consagra, o que representa uma inovação em relação ao regime vigente, que cabe ao vendedor suportar o risco de desconformidade até à data da entrega da coisa. Assim, se após a conclusão do contrato de compra e venda, mas antes da tradição, se verificar um defeito na coisa, o risco do seu pe-

ples fornecimento do conteúdo não significa o cumprimento do contrato, pois nesse momento tem que se encontrar com as qualidades e características acordadas.

Acredita-se que a lei portuguesa terá nova chance de clarificar melhor essa questão de forma expressa aquando da transposição da Diretiva, uma vez não ter sido feito no regime legal advindo com o Decreto-lei n.º 67/2003. Na venda de bens de consumo, entende-se haver um regime especial à distribuição do risco. Antes da entrega do bem, o risco corre por conta do vendedor transferindo-se para o consumidor no momento da entrega³³.

5. Responsabilidade do fornecedor em caso de falta de conformidade no fornecimento do conteúdo digital: os direitos dos consumidores

Como referiu-se anteriormente, a proposta de Diretiva considera as circunstâncias em que o profissional compensará o consumidor, aderindo a estas, conforme entedimento generalizado, e que o consumidor poderá invocar como a exceção

recimento ou da sua deterioração, nomeadamente durante o transporte, corre por conta do vendedor".

³³ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, "O novo regime da venda de bens de consumo"...cit., p. 55, que defende "passarem a correr por conta do vendedor os riscos relativos a defeitos da coisa ocorridos entre a venda e a entrega ao consumidor"; NUNO PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda: noções fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 323; SARA LARCHER, *Contratos celebrados através da internet: garantias dos consumidores na compra e venda de bens de consumo, Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. II, Lisboa, (2005), pp. 157 – 165, p. 196 que considera que "enquanto o consumidor não receber os bens adquiridos, o risco deverá ser integralmente suportado pelo vendedor".

de não cumprimento do contrato e exigir uma indenização em consequência da desconformidade, desde que preenchidos os requisitos.

Saliente-se que, assim como defendida pela maioria dos autores relativo às formas de reparação dos consumidores de bens de consumo no Decreto-Lei n.º 67/2003, entendemos que não há hierarquia de direitos dos consumidores na proposta de Diretiva, e, observamos que tenderá a ser esse entendimento doutrinal em futura transposição para o Direito de Portugal.³⁴

³⁴ Como ocorreu no Decreto-Lei n.º 67/2003, não houve imposição à qualquer tipo de hierarquia de direitos, o que contrariou às disposições da Diretiva n.º 1999/44. Cfr. FLÁVIO CITTRO, "Da garantia de produtos defeituosos ou não-conformes no Brasil e em Portugal", *Liber Amicorum - Mário Frola: a causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 192; Paulo Mota Pinto, "Reflexões sobre a transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português" ...cit., p. 131, considera que a lei "contém, como limitação à escolha do comprador, apenas uma remissão (redundante) para o critério do abuso de direito"; SARA LARCHER, *Contratos celebrados através da internet*...cit. p. 205, que considera que "a não hierarquização dos direitos conferidos ao consumidor acaba por ser mais protectora do consumidor: é-lhe conferida a possibilidade de escolher, indistintamente, entre um ou outro direito previsto na lei".

Em sentido contrário, cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, "Empreitada de bens de consumo: a transposição da Directiva n.º 1999/44/CE pelo Decreto-Lei n.º 67/2003", *Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Vol. II*, (2005), p. 33, que entende que a interpretação a favor da escolha livre do consumidor "não é razoável, porque a resolução do contrato será sempre a última hipótese e, nos termos gerais, depende do preenchimento de pressupostos comuns". No mesmo sentido, Cfr. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*... cit., pp. 119 e 120, observa que "a resolução, porque tem em vista a destruição do vínculo contratual, está dependente de um incumprimento grave ou de uma violação fundamental do contrato de compra e venda, de modo que nem todo o inadimplemento permite a sua extinção".

5.1. Os direitos dos consumidores

5.2.1. Reposição do conteúdo digital

Constitui uma forma de compensação do consumidor pela falta de conformidade entre o conteúdo digital e o contrato celebrado, nos termos do Diploma legal proposto, a reposição do conteúdo digital. “O consumidor tem direito a que o fornecedor coloque os conteúdos digitais em conformidade com o contrato, a título gratuito, salvo se tal for impossível, desproporcionado ou ilegal”³⁵.

A reposição do conteúdo digital deve atender a dois requisitos conforme o texto da proposta de diretiva: 1) não pode ser desproporcional na relação com os custos do profissional, ou seja, a reposição do conteúdo digital deve ser gratuita ao consumidor, mas também não deve trazer altos custos ao vendedor; e 2) o diploma proposto faz indicação de prazo razoável³⁶ para a reposição do conteúdo digital.

5.2.2. Redução proporcional do preço

Em falta de conformidade do conteúdo digital com o contrato, pode o consumidor optar por uma redução propor-

³⁵ Cfr. artigo 12.º

³⁶ Prazo razoável é um conceito indeterminado que, tomando a experiência do Decreto-lei n.º 67/2003, o legislador português fará a alteração de modo a indicar um prazo fixo. Evita-se a difícil tarefa de, em cada caso, considerar o que seja razoável.

cional em duas circunstâncias: 1) “sempre que os conteúdos digitais forem fornecidos em troca do pagamento de um preço; 2) ou “ao rescindir o contrato”³⁷.

A prosposta de Diploma Comunitário não prevê índices de fixação do valor de redução - ao nosso pensar, nem deveria -, mas também deve ser apurada com critérios subjetivos. Estabelece a proposta apenas que “a redução do preço deve ser proporcional à diminuição do valor dos conteúdos digitais que foram recebidos em relação ao valor que os conteúdos digitais teriam se estivessem em conformidade com o contrato”. De modo que, as normas do Código Civil podem ser utilizadas na falta de outros critérios que regulam a redução do preço, como no caso de venda que fica limitada a parte do seu objeto (artigo 884º), de venda de bens onerados (artigo 911º) e de empreitada defeituosa (artigo 1222º)³⁸.

Não há impedimentos à redução do preço pago por várias vezes, desde que o conteúdo digital seja acometido de várias faltas de conformidade durante seu uso e a vigência do contrato³⁹.

O exercício deste direito predispõe a vontade do consumidor de mater a utilização do conteúdo digital mesmo desconforme⁴⁰. É cediço que em termos práticos esse direito termi-

³⁷ Cfr. artigo 12.º

³⁸ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Empreitada de bens de consumo: a transposição da Directiva n.º 1999/44/CE pelo Decreto-Lei n.º 67/2003”...cit., p. 31 que entende que “perante a omissão, o critério para a redução do preço continuará a ser o fixado, por remissão, no Código Civil”.

³⁹ Cfr. ARMANDO BRAGA, *A venda de coisas defeituosas no código civil...cit.*, pp. 70-71.

⁴⁰ Cfr. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo...cit.*, p. 162.

na por ser menos buscado, tendo em vista a voluntariedade de ambas as partes em buscar um valor proporcional do preço, o que não elide o exercício judicial deste direito. Ademais, exercê-lo corresponde a uma desvalorização do bem, e para isso a avaliação em porcentagem seria a medida mais adequada, que aplicada ao preço pago, determinaria o valor de redução a ser pago em restituição ao consumidor⁴¹.

5.2.3. Rescisão do contrato

O direito a rescindir o contrato é um dos meios de compensação previsto no Diploma proposto, e pode ser exercido imediatamente sempre que o conteúdo digital previsto em contrato não for fornecido, ou seja, em caso de negativa de fornecimento pelo profissional^{42/43}. E dispõe a proposta de Diretiva os

⁴¹ Cfr. RUI BAYÃO DE SÁ GOMES, "Breves notas sobre o cumprimento defeituoso no contrato de empreitada", *Ab Vno ad Omnes – 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra, Coimbra editora, 1998, pp. 587-639, p. 624.

⁴² Cfr. artigo 11.º.

⁴³ Para MENEZES LEITÃO "a resolução do contrato encontra-se prevista nos artigos 432º e ss do código civil, e consiste na extinção da relação contratual por declaração unilateral de um dos contratantes, baseada num fundamento posteriormente à celebração do contrato". Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, Vol II, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, pp 104 e 105; neste sentido também MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 319.

Neste estudo, a resolução, no regime especial, é uma exceção ao regime geral, em razão da tentativa de proteção do consumidor. Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, pp. 287.

No novo regime de contratação à distância, o Decreto-Lei n.º 24/2014, transpondo a Diretiva n.º 2011/83/UE, prevê no artigo 10º o prazo e as condições referentes ao direito de livre resolução, e, neste seguimento, no artº 11º o exercício e seus efeitos e, por fim, as obrigações do profissional, no artº 12º.

Ocorrida a resolução do contrato os efeitos anteriormente produzidos a partir da sua celebração estarão destruídos, *ex vi* do artigo 434º do código civil.

meios de compensação em caso de cumprimento defeituoso (ou falta de conformidade com o contrato) do fornecimento do conteúdo digital.

Neste artigo há como forma de reparação ao consumidor a “rescisão contratual”- assim denominada na proposta de Diretiva traduzida à língua portuguesa -, e prevê que “o consumidor pode rescindir o contrato apenas se a falta de conformidade com o mesmo afetar a funcionalidade, interoperabilidade e outras características principais de desempenho dos conteúdos digitais”, remetendo às exigências do artigo 6º. Por fim, quanto ao ônus da prova, destaca que esse recai sobre o fornecedor “relativamente ao facto de a falta de conformidade com o contrato não prejudicar” as características relacionadas aos conteúdos digitais⁴⁴.

Pensa-se que o legislador português, de acordo com o que ocorreu com a transposição do Decreto-lei n.º 67/2003, de-

Observado o incumprimento por parte do vendendor, a partir da resolução contratual, implica a eficácia retroativa do contrato, havendo a devolução do valor pago pelo consumidor, como regra. Salvo convenção das partes desse acordo, não admite a lei a constituição de crédito ao consumidor para celebração de futuros contratos com o vendendor. Cfr. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo...cit.*, p. 181

O regime geral do código civil português prevê a resolução contratual por incumprimento das obrigações, neste sentido cfr. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. II, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 1995, p. 07. Assim, quando não cumprida a sua obrigação ou realizada de forma parcial, pelo devedor, respectivamente estaremos diante de uma situação de incumprimento do dever obrigacional e um cumprimento defeituoso, cfr. PEDRO ROMANO MATINEZ, *Cumprimento Defeituoso...cit.*, p. 143, estabelece que trata-se de uma desconformidade entre a prestação devida e a que foi realizada.

Em ambas as hipóteses, o credor poderá requerer a resolução do contrato, no caso de cumprimento defeituoso, o credor tem o direito de exigir que o cumprimento inexato seja retificado, ex vi do artigo 817 do código civil.

⁴⁴ Cfr. artigo 12.º.

verá admitir, como forma de reparação em caso de falta de conformidade dos conteúdos digitais, a expressão “resolução” em lugar de “rescisão”.

Assim, optando o consumidor pela rescisão, ela deverá ocorrer “mediante notificação ao fornecedor, feita por qualquer meio”, nos termos do artigo 13º. da Diretiva n.º COM(2015) 634. Em caso de rescisão do contrato, alguns deveres incorrem ao fornecedor de conteúdos digitais. Uma primeira obrigação é devolver ao consumidor o preço pago, no máximo em 14 dias a partir da notificação do consumidor, sem que haja demora injustificada.

Uma segunda obrigação é a do fornecedor “se abster de utilizar outra contrapartida que não dinheiro fornecida pelo consumidor em troca dos conteúdos digitais e quaisquer outros dados recolhidos pelo fornecedor em relação ao fornecimento de conteúdos digitais”. Trata-se de uma previsão relativa à proteção dos dados pessoais existente a partir da celebração do contrato.

Outra obrigação prevista, e que também é relativa à proteção dos dados pessoais dos consumidores, é o de “fornecer ao consumidor os meios técnicos para recuperar a totalidade dos conteúdos fornecidos pelo consumidor e quaisquer outros dados produzidos ou gerados através da utilização”.

Ao consumidor é posto o dever de, em caso de utilização de suporte duradouro, abater-se de utilizá-los ou de disponibilizá-los a terceiros, devendo-o ao fornecedor em prazo máximo de 14 dias, e eliminando qualquer cópia dos conteúdos digitais descarregados através dele.

Destaque-se que a proposta de Diretiva referida no seu artigo 13.º regula a possibilidade de rescisão durante o período de duração do contrato, especificamente em determinado tempo em que o conteúdo não esteja em conformidade. Rescindido nestas condições o “fornecedor deve devolver ao consumidor a parte do montante pago correspondente ao período em que os conteúdos digitais não estiveram em conformidade com o contrato”.

5.2.4. Exceção de não cumprimento do contrato

O regime comum do Código Civil, certamente, não será posto à parte pela futura Diretiva a ser transposta, nem mesmo o futuro Decreto-Lei acolhedor do texto legal europeu o fará. Assim, é possível antecipar que, além dos direitos consagrados na norma, o consumidor poderá recorrer à figura da exceção de não cumprimento do contrato⁴⁵.

Esse regime está consagrado entre os artigos 428º e 431º do Código Civil, aplicando-se ao contrato de compra e venda para consumo quando o bem encontrar-se em falta de conformidade com o contrato. Assim, o consumidor pode recusar a entrega do bem e não pagar o preço, de modo a pressionar o

⁴⁵ Os autores já admitiram essa possibilidade no Decreto-Lei n.º 67/2003. Neste sentido cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas...* cit., p. 114; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “O novo regime da venda de bens de consumo”...cit., pp. 37-73, p. 60; FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo...*cit., p. 144; SARA LARCHER, *Contratos celebrados através da Internet...*cit., p. 220; ARMANDO BRAGA, *A venda de coisas defeituosas no código civil...*cit., p. 71; JOSÉ JOÃO ABRANTES, *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português: conceito e fundamento*, Coimbra, Almedina, 1986, p. 118.

vendedor ao cumprimento do contrato com o bem entregue em conformidade⁴⁶.

5.3. Indemnização

Inicialmente, deve-se observar que o consumidor tem direito a ser indenizado pelos danos causados pela entrega de um bem com conteúdo digital desconforme com o contrato⁴⁷. A indenização independe de outros direitos do consumidor.

A proposta de diretiva prevê esse direito quando dispõe que cabe a responsabilidade do fornecedor perante a do consumidor “por quaisquer prejuízos económicos causados ao ambiente digital do consumidor por uma falta de conformidade com o contrato ou pelo não fornecimento dos conteúdos digitais”. E reforça o carácter ressarcitório da indenização ao prever que “a

⁴⁶ Cfr. LUCAS PIRES DE LIMA e JOÃO ANTUNES VARELA, *Código civil anotado...*, cit., p. 406, que salientam que “a exceptio não funciona como uma sanção, mas apenas como um processo lógico de assegurar, mediante o cumprimento simultâneo, o equilíbrio em que assenta o esquema do contrato bilateral. Por isso ela vigora, não só quando a outra parte não efectua a sua prestação quando não quer, mas também quando ela a não realiza ou a não oferece quando não pode [...]. E vale tanto para o caso de falta integral do cumprimento, como para o de cumprimento parcial ou defeituoso, desde que a sua invocação não contrarie o princípio geral da boa fé”. Também cfr. PEDRO VAZ MENDES, “A excepção de não cumprimento nos contratos públicos”, *Revista O Direito*, Ano 140.º, I, (2008), pp. 119-207, p. 141

⁴⁷ Coletânea de autores crivou este entendimento no âmbito do Decreto-Lei n.º 67/2003. Neste sentido, cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de Consumo...cit.*, p. 114; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “O novo regime da venda de bens de consumo”...cit., p. 59; Carlos Ferreira de Almeida, *Direito do Consumo...cit.*, p. 164; FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo...cit.*, p. 227; SARA LARCHER, *Contratos celebrados através da Internet...cit.*, p. 222; ARMANDO BRAGA, *A venda de coisas defeituosas no código civil...cit.*, p. 71.

indenização deve repor o consumidor, tanto quanto possível"⁴⁸.

Essa possibilidade depende de consagração na transposição futura da proposta de Diretiva, mas encontra respaldo nos princípios gerais do cumprimento e incumprimento dos contratos, como também no n.º 1 do artigo 12º da Lei de Defesa do Consumidor. Essa dispõe que "o consumidor tem direito à indenização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos"⁴⁹.

Ademais, constatados os pressupostos não se deve olvidar sobre o direito indenizatório do consumidor, inclusive, ressalte-se não se trata aqui de responsabilidade objetiva⁵⁰. Assim, frise-se que, primeiro, pode indenizar o consumidor o fornecedor que, mesmo com o incumprimento contratual, em seguida cometa falta culposa prejudicadora daquele. Em segundo, há uma presunção de responsabilidade contratual em favor do consumidor nos termos do artigo 799º do Código Civil.

Os danos ressarcíveis são os patrimoniais e os danos não patrimoniais, e, havendo prova entre o dano⁵¹ e o nexo de cau-

⁴⁸ Cfr. artigo 14.º

⁴⁹ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas...cit.*, p. 125, que afirma que esta norma "tem um alcance remissivo para os termos gerais da indenização – idêntico ao do art. 1223.º do Código civil na empreitada [...] afastando-se do regime da indenização previsto para a venda de coisas defeituosas no Código Civil (artigos 908.º a 910.º, 913.º e 915.º), em coerência com a inserção da garantia da compra e venda de consumo exclusivamente no pólo do cumprimento inexacto ou violação contratual positiva".

⁵⁰ Cfr. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo...cit.*, p. 227, que defende que "uma responsabilidade objectiva do vendedor, válida para qualquer das outras pretensões, não é aqui sustentável".

⁵¹ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo* - Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 568, que entende que "é também claro que as despesas (imposto automóvel, seguro, garagem, etc.) suportadas com a coisa de cujo uso o titular se viu privado são um «dano mínimo» patrimonial a cujo ressarcimento ele tem direito".

salidade entre este e a falta de conformidade, poderá o consumidor pleitear indenização em razão da privação do uso do bem durante o tempo em que este não se encontra em conformidade com o contrato.

6. Conclusão

O meio eletrônico é hábil tecnicamente para a constituição de relações contratuais, disso não restam dúvidas. Entretanto verifica-se ser este meio tão rápido proporcionador de novas formas de relações contratuais que imperativamente exigem uma resposta do legislador antes mesmo que sofram variações múltiplas e complexas, de modo a impedir uma regulação a tempo.

Assim, inuiu-se o legislador europeu da necessidade regulatória premente que o mercado europeu transfronteiriço exige, para o bem do próprio mercado interno, no sentido de dar segurança às relações económicas, como também no sentido de acompanhar satisfatoriamente as mudanças nas relações obrigacionais advindas do comércio em linha.

Por ser matéria ainda não transposta ao ordenamento nacional revela-se a dificuldade de perceber-se como o legislador português recepciona-la-á, apesar de inúmeras coincidências, ao tomar-se por embasamento a Diretiva n.º 1999/44 e comparando-a a proposta de Diretiva debatida nesta pesquisa, no condução, *mutatis mutandis*, da responsabilidade do produtor de bens fornecidos em linha e em desconformidade com o contrato.

Certamente o comércio eletrônico não é tema novo dentro do direito do consumidor de Portugal, mas a necessidade de proteção quanto ao comércio de bem com conteúdo

digital em falta de conformidade com o contrato sim. Dessa maneira, optou-se por uma abordagem sucinta da proposta da Diretiva comparativamente ao regime geral e especial, de modo a tentar antever os posicionamentos doutriniais para as questões que dela surgirão.

UM DEPÓSITO BANCÁRIO
NÃO É UM (CONTRATO DE) DEPÓSITO:
OU A DESADEQUAÇÃO DA LINGUAGEM
DOS CONTRATOS REAIS À REALIDADE DO
DINHEIRO BANCÁRIO NO ACTUAL SISTEMA MONETÁRIO

Paulo Duarte

1. Quadro conceptual: os elementos do conceito de sistema monetário

Tanto na opinião corrente dos leigos como nos manuais de economia política e de direito bancário, predomina uma concepção *instrumentalista* do dinheiro, que o considera como um *objecto* material (embora se fale frequentemente da sua *progressiva desmaterialização*) que desempenha certas *funções* económicas: meio geral de trocas; unidade de conta; e reservatório de valor. A utilização, sobretudo na literatura especializada, da palavra *moeda*, e de palavras que dela derivam, para referir e identificar o tema (o tema *monetário*) é já sintoma

da prevalência dessa concepção instrumentalista, na medida em que a sua etimologia evidencia a referência a concretos objectos metálicos¹. O próprio legislador não escapa a esta tendência. No Código Civil, por exemplo, é frequente o uso da expressão “*dinheiro ou outras coisas fungíveis*” [arts. 591.º/1, art. 685.º/2, 705.º-f), 707.º/2, 710.º/1, 1142.º, 1231.º e 1238.º].

Ainda que, por facilidade e conveniência do discurso, não prescindia completamente da terminologia *monetista* corrente, é outro o conceito de dinheiro em que assenta o presente estudo. Quando uso, sem outras especificações, o termo *dinheiro*, assim como a expressão *fenómeno monetário*, refiro-me ao conceito geral de *sistema monetário*². Neste sentido, *dinheiro*, *fenómeno monetário* e *sistema monetário* são expressões sinónimas. A realidade que está no horizonte da investigação não se esgota, portanto, nesta ou naquela *forma de dinheiro* (e, aqui, a palavra tem já uma significação específica), nesta ou naquela função da moeda. O objecto central da minha atenção é o *sistema monetário do euro*, entendido como o conjunto de processos, objectos, sujeitos e relações que actuam na criação, circulação e distribuição de diferentes formas de dinheiro, com especial incidência no *dinheiro bancário* (adiante se esclarece o sentido em que se toma a expressão).

Não pretendo, evidentemente, fazer uma anatomia completa do sistema monetário europeu, designadamente da sua arquitectura institucional, nem, muito menos, tratar de matérias de política monetária. O propósito do presente estudo, que é

¹ A palavra tem a sua origem no nome da deusa romana “Juno Moneta”, em cujo templo (*templum iunonis monetæ*) eram cunhadas as moedas romanas.

² Eric Tymoigne/ Randall Wray, Money, an alternative Story (<http://www.cfeps.org/pubs/wp/wp45.htm>)



de natureza jurídica, é apenas o de demonstrar, a respeito do *dinheiro bancário*, a desadequação de alguns conceitos jurídicos (e hábitos discursivos) ao *sistema monetário* vigente, tal como ele realmente é – desadequação que, como se verá, mascara, em vez de revelar, alguns dos aspectos desse sistema (o que contribui para a sua legitimação social e política). O âmbito e a profundidade da análise que aqui se faz do sistema monetário europeu não vão além do que esse limitado propósito exige.

Antes de tratar do sistema monetário europeu, ainda que com aquele circunscrito propósito, importa analisar o conceito geral de sistema monetário. O que se pretende, neste ponto, é identificar os elementos *estruturais* invariavelmente presentes (ou elementos invariantes) em todos os sistemas monetários, independentemente das concretas variações *materiais* de cada um deles (são precisamente estas variações materiais, ou “ocorências”, ao longo da cadeia invariável dos elementos estruturais que permitem comparar e distinguir os concretos sistemas monetários, tanto diacronicamente como sincronicamente).

São quatro os elementos estruturais de qualquer sistema monetário: uma *unidade monetária* (ou *unidade de conta*); um ou mais *suportes monetários*; um ou mais *produtores* de suportes monetários (podemos designá-los *produtores* ou *criadores de dinheiro*); uma *comunidade monetária*. Todo o sistema monetário adopta uma certa unidade de conta que se materializa em determinados suportes (com maior ou menor grau de materialidade), produzidos por certas entidades, que são usados, nas mais variadas relações sociais (económicas e de outra natureza) por uma comunidade de utilizadores mais ou menos ampla.

1.1. A unidade monetária

1.1.1. Conceito

A unidade de conta, ou unidade monetária (por exemplo, o *euro*, o *dólar americano*, o *yuan*, o *bitcoin*), é uma unidade padrão que permite a quantificação da prestação que é objecto das obrigações monetárias³ estabelecidas entre os utilizadores da correspondente comunidade monetária. Obrigações monetárias são aquelas em que o devedor se obriga a atribuir ao credor uma certa quantidade de unidades monetárias, através da disponibilização de suportes monetários que as representem e “transportem”.

Há uma ligação incindível entre a dívida (a obrigação monetária) e a unidade monetária: é a unidade monetária que permite a denominação e a quantificação da obrigação monetária (o que é o mesmo que dizer: a identificação do seu objecto); é através da obrigação monetária (actual ou hipotética) que a unidade monetária desempenha a sua função económica e social. Neste sentido, pode dizer-se que há uma relação de implicação recíproca e de dependência ontológica entre o dinheiro (enquanto unidade monetária) e a dívida (obrigação monetária), não existindo um sem o outro. O dinheiro (enquanto unidade monetária) denomina e quantifica (identifica) a dívida, enquanto que a dívida tem por objecto dinheiro

³ Não deve confundir-se o conceito de obrigação monetária com o conceito jurídico-civil de obrigação pecuniária (ver, *infra*, ponto 3.2.2.4).

(uma certa quantidade de unidades monetárias)⁴. Esta relação de incindibilidade entre o dinheiro e a dívida projecta-se também no plano dos *suportes monetários*, uma vez que estes (que representam e transportam unidades monetárias) são *meios de pagamento*: instrumentos que geram o efeito liberatório de extinção de dívidas (actuais ou hipotéticas).

Diz-se frequentemente que a unidade monetária é um padrão de medida do valor económico, funcionalmente semelhante às unidades de medida das grandezas físicas (massa, comprimento, etc...) ⁵. Considerando que o valor económico é uma relação de equivalência (uma *ratio* exprimível numa "taxa de equivalência") entre a quantidade de um objecto e a quantidade de outro objecto⁶, o concreto valor de x corresponderia à equivalência entre uma certa quantidade de x e uma certa quantidade de unidades monetárias. Dizer, por exemplo, que uma unidade do objecto x vale 5 euros é o mesmo que dizer que *uma* unidade de x equivale a *cinco* unidades de euro. Pareceria, portanto, que poderíamos dispensar a referência à dívida para caracterizar funcionalmente a unidade monetária: esta não serviria para denominar e quantificar obrigações monetárias, mas para medir o valor económico (o valor expresso monetariamente).

⁴ É esta relação de inerência entre a unidade monetária e a dívida que marca o conceito de *redenominação*, que o Regulamento (CE) n.º 974/98, do Conselho, de 3 de Maio de 1998, relativo à introdução do euro, define como a *alteração da unidade em que o montante da dívida em curso está expresso, de uma unidade monetária nacional para a unidade euro*.

⁵ Felix Martin, *Money, The Unauthorized Biography – From Coinage to Cryptocurrencies*, Vintages Books, 2013, pp. 45 e ss.

⁶ F.A. Hayek, *Denationalization of Money, The Argument Refined, An Analysis of the Theory and Practice of Concurrent Currencies*, IEA, 1990, pp. 69-70.

Não é inteiramente correcta esta analogia entre a unidade monetária e as unidades de medida das grandezas físicas. Para medir, por exemplo, o comprimento de um objecto basta aplicar a medida padrão (a unidade de medida) ao próprio objecto, não sendo necessário nenhum outro dado. Não é assim quanto ao valor económico (que não é sequer um “objecto”, mas uma “propriedade” – mais ou menos instável – de um objecto): a sua determinação implica a consideração de dados que estão além do objecto avaliado. Se pensarmos nos “métodos de avaliação” correntes, esses dados correspondem a obrigações monetárias, actuais ou hipotéticas. O “método da comparação” baseia-se na identificação do “preço de mercado” de objectos semelhantes: o preço é, paradigmaticamente, objecto de uma obrigação monetária. O método do rendimento, que considera as receitas que o bem avaliado pode gerar, implica também a referência a fluxos financeiros que se manifestam, juridicamente, como obrigações monetárias (designadamente rendas e lucros distribuíveis). Os custos de produção (um outro prisma a partir do qual se pode determinar o valor de um bem), por fim, acabam igualmente por identificar-se com as obrigações monetárias que é necessário contrair para obter os factores de produção.

Esta relação de recíproca inerência entre o dinheiro e a dívida (tomada a expressão como sinónimo de “obrigação monetária” – e é sempre nesse estrito sentido que a uso em todo o texto) parece mesmo marcar a origem histórica do dinheiro, situada numa fase do desenvolvimento das sociedades humanas ainda muito distante da standardização e circulação generalizada dos suportes monetários (o que só acontece com o

surgimento das moedas metálicas). A primeira modalidade de “dinheiro primitivo”, anterior ao Estado e às relações económicas de mercado,⁷ o *wergeld*, terá consistido numa compensação de danos pessoais (a morte e outros de menor gravidade) insusceptíveis de reconstituição em espécie, acordada entre o agressor e a vítima (ou entre os grupos tribais a que pertenciam) e tendo por objecto, quando não pessoas (escravas, sobretudo), coisas de valor pessoal ou social, como conchas, peças de adorno e animais (objectos também usados em arranjos sociais de outra natureza, como os casamentos e outras relações familiares), com o objectivo de evitar o uso da violência retaliatória e de recompor a paz social⁸. Usado como “social currency” nas primitivas “economias humanas”⁹, o dinheiro surge, portanto, como objecto de uma obrigação que “substitui” (dir-se-ia, na actual linguagem jurídico-obrigacional, uma “obrigação secundária”) um obrigação original naturalmente impossível de cumprir (como a obrigação de recuperação da vida perdida). Não significava isso que o “dinheiro” fosse considerado um “equivalente” da vida perdida ou da integridade lesada: mas apenas que era um “reconhecimento” de que se devia algo (verdadeiramente impagável) muito mais valioso do que o dinheiro^{10 11}.

⁷ David Graeber, *Debt, The First 5 000 years*, Melville House, 2014, pp. 129 e ss.

⁸ David Graeber, ob. cit., p.131; Michael Hudson, *The Archaeology of Money, Debt vs. Barter Theories of Money's Origins*; Geoffrey Ingham, *The Nature of Money, Polity*, 2004, pp. 90 e ss.

⁹ David Graeber, ob. cit., p. 132.

¹⁰ David Graeber, ob. cit., p. 134.

¹¹ Esta possibilidade de “remissão” da responsabilidade originária do agressor pelo delito cometido (que conferiria à vítima um “direito de vingança”) por meio da criação de uma “vinculação financeira” expressa em dinheiro (uma dívida, portanto) estará também na origem da noção romanista de *obligatio* e

Independentemente do que vai dito, deve sublinhar-se que a unidade monetária funciona, dentro do respectivo sistema monetário, como um padrão universal e uniforme de comparação dos valores dos bens, que evita a necessidade de miríades de comparações directas entre um bem e todos os outros. Quer dizer, para apurar o valor relativo de quaisquer dois bens basta estabelecer uma relação de equivalência entre uma certa quantidade de cada um deles e uma certa quantidade de unidades monetárias. Os valores (económicos) de quaisquer dois bens são iguais se forem iguais as suas relações (ou taxas) de equivalência com o padrão da unidade monetária.

Permitindo fixar e prever preços, as unidades monetárias são, também, um instrumento imprescindível de contabilização, registo, cálculo e projecção das actividades económicas.

1.1.2. Aspectos históricos

Durante muito tempo, desde o *Shekel* (um pedaço de prata com um peso equivalente ao de 240 grãos de cevada), usado nas economias centralizadas das cidades mesopotâmicas entre 3000 e 2000 a.C., passando pelas diferentes moedas cunhadas pelos imperadores romanos (*sestertius*, *denarius*, *solidus*, *aureus*)¹², até aos mais recentes sistemas monetários as-

da regra processual *omnis condemnatio pecuniaria* – sobre o ponto, ver Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, pp. 3 e 771 e ss.

¹² Thomas Rűfner, *Money in the Roman Law Texts*, in *Money in The Western Legal Tradition, Middle Ages to Breton Woods*, Edited by David Fox/ Wolfgang Ernst, Oxford, 2016, pp. 93 e ss.



sententes no padrão ouro (tanto na versão clássica mais “pura”, como na versão mais mitigada do sistema de Breton Woods)¹³, as unidades monetárias corresponderam a quantidades determinadas de certos materiais (medidas pelo seu peso), designadamente metais preciosos, assemelhando-se, neste aspecto, às unidades de medida das grandezas físicas. Por exemplo, em 1880, uma libra inglesa correspondia a 7.322 gramas de ouro puro e um dólar americano a 15.046 gramas¹⁴. Isto nem sempre implicava (e foi implicando cada vez menos ao longo da história) que os concretos suportes monetários (usados no pagamento das obrigações monetárias) tivessem de incorporar o peso do metal padrão equivalente à quantidade de unidades monetárias que representavam. Apenas implicava que os suportes monetários não metálicos (por exemplo, as notas de papel¹⁵) ou que os suportes metálicos que incorporassem uma quantidade do metal padrão inferior ao seu valor nominal¹⁶ – ou feitos de metal diferente (*token money*) – fossem convertíveis na quantidade do metal padrão correspondente ao número de unida-

¹³ Micahel Bordo/Angela Redish. Putting the “System” in the International Monetary System, in *Money in The Western Legal Tradition, Middle Ages to Breton Woods*, Edited by David Fox/ Wolfgang Ernst, Oxford, 2016, pp. 595 e ss.

¹⁴ Micahel Bordo/Angela Redish, loc.cit., p. 599.

¹⁵ Sobre o surgimento e evolução das notas de papel como suportes monetários, ver Helmut Siekmann, *Deposit Banking and the Use of Monetary Instruments*, in *Money in The Western Legal Tradition, Middle Ages to Breton Woods*, Edited by David Fox/ Wolfgang Ernst, Oxford, 2016, pp. 500 e ss, e Christine Desan, *Making Money, Coin Currency, and the Coming of Capitalism*, Oxford University Press, 2014pp. 296 e ss.

¹⁶ Não se trata, aqui, da prática fraudulenta do *cerceamento* (*debasement*) das moedas metálicas, muito comum na idade média, mas da emissão de suportes metálicos assumidamente simbólicos (*token Money*), com a simultânea obrigação de conversão (ver, a seguir, no texto).

des monetárias designativo do seu valor nominal, assumindo o emissor a obrigação de conversão¹⁷.

Depois de, em 1971, os Estados Unidos da América, unilateralmente, no quadro do “Nixon Shock”, terem cancelado a conversão do dólar em ouro (determinando o fim do sistema de Breton Woods, que impunha a conversão à razão de \$35/onça), abandonou-se a prática de ligar a unidade monetária a uma quantidade padrão de um qualquer material, metálico ou de qualquer outra natureza (ainda que, por vezes, por razões de política monetária, haja Estados que assumem a obrigação

¹⁷ A referência da unidade monetária a um padrão metálico não significava que o dinheiro fosse um *brut fact*, uma imposição extrínseca da natureza às sociedades humanas. Mesmo quando a unidade monetária pressupunha uma equivalência com certa quantidade de metal, o dinheiro não deixava de ser um *institutional fact* (no sentido que John Searle liga à expressão – ver, mais adiante, o ponto 2.1.), uma vez que tanto o metal padrão como a “razão” (a “taxa de equivalência”) entre a quantidade metálica e a unidade monetária eram estabelecidos pela autoridade politicamente legitimada. Esta ideia, reconheça-se, não é consensual. Paradigmática da divergência de concepções sobre este ponto é a (historicamente marcante) controvérsia que, em 1696, dois anos depois da criação do Bank of England, opôs William Lowndes a John Locke, a respeito da crise monetária causada pelo progressivo desaparecimento das moedas de prata em circulação – fenómeno resultante da redução do seu teor metálico através das práticas fraudulentas de *clipping*, *filig* e *shearing* e do simultâneo aumento do preço de mercado da prata em barra (*bullion*), que incentivava a sua desamoedação (o que significava uma dupla desvalorização monetária: por um lado, os concretos suportes monetários incorporavam menos metal do que a quantidade padrão; por outro lado, o poder aquisitivo da unidade monetária era menor – o que se manifestava, desde logo, na subida do preço do metal que era necessário obter para o processo de amoedação). Enquanto Lowndes defendia a solução da desvalorização (reduzindo a quantidade padrão da unidade monetária, directamente ou através do aumento do valor nominal das moedas), Locke preferia a solução da revalorização, o que obrigava à manutenção da quantidade padrão de prata e à sua efectiva incorporação nas moedas, consoante o valor nominal. Para Locke, o dinheiro era um “facto natural”, um certo peso de prata, cabendo apenas ao soberano certificar que as moedas eram feitas da quantidade de metal correspondente ao standard da unidade monetária. Sobre isto, ver Felix Martin, ob. cit., pp. 123-129 e Christine Desan, ob.cit., pp. 341 e ss.

de converter os suportes monetários expressos na sua unidade monetária em suportes monetários representativos de outras unidades monetárias, designadamente aquelas que gozam de maior aceitação no comércio internacional, como sucede com o dólar americano, o euro e o iene – as chamadas “reservas internacionais”). Actualmente, por conseguinte, as unidades monetárias são “entidades” puramente institucionais (puras convenções sociais), criadas por meio de “constitutive rules”¹⁸, cuja função se esgota na denominação e quantificação de dívidas (no sentido estrito de “obrigações monetárias”). Como diz Alfred Mitchell Innes, “*the eye has never seen, nor the hand touched a dollar*”¹⁹. Alegoricamente, talvez possa dizer-se que a unidade monetária é o morfema na linguagem da dívida²⁰.

1.1.3. O valor da unidade monetária

O facto de uma qualquer unidade monetária ser uma pura criação institucional (e não um objecto ou um facto natural), não significa que não tenha “valor”: o seu valor consiste precisamente na quantidade de (um certo cabaz de) bens (objectos ou prestações) que, com ela, quando representada

¹⁸ Ver John R. Searle, *Making the Social World, The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, 2010, p. 10.

¹⁹ A. Mitchell Innes, *The Credit Theory of Money*, *Banking Law Journal*, Vol. 31, 1914, pp. 151-168.

²⁰ É significativo, a este respeito, o texto do considerando 11 do Regulamento (CE) n.º 974/98, do Conselho, de 3 de Maio de 1998 que, referindo-se ao “período de transição” na introdução do euro, permite que “os contratos, as leis nacionais e outros instrumentos jurídicos podem ser validamente redigidos na unidade euro ou na unidade monetária nacional.

num concreto suporte monetário, se pode adquirir, pagando o respectivo preço (isto é: cumprindo a obrigação monetária em que este consiste)²¹. A unidade monetária é, neste sentido, valor em estado puro, um poder abstracto de adquirir²² (ou, *rectius*, um poder abstracto de extinguir dívida), susceptível de, a qualquer momento, “transformar-se” em bens concretos. O valor do dinheiro não se mede, portanto, por aquilo “de que é feito”, mas por aquilo que, em abstracto, permite adquirir (ou por aquilo cujo preço permite pagar).

1.2. Os suportes monetários

Os suportes monetários são concretas materializações (com maior ou menor grau de corporização), ou instanciações, de uma certa unidade monetária, nos termos da qual são expressos, representando um certa quantidade dela. São suportes monetários as moedas metálicas, as notas de papel e os traços magnéticos que registam “escrituralmente” obrigações monetárias (como os saldos de contas bancárias de depósito, os saldos de contas de instituições de dinheiro electrónico, os saldos inscritos em cartões magnéticos e os bitcoins)²³. Para cumprir sua

²¹ É a este valor do dinheiro que o legislador se refere no art. 551.º do Código Civil, quando, a propósito da “actualização das obrigações monetárias”, alude ao “restabelecimento” da “relação existente entre [“a prestação pecuniária”] e a quantidade de mercadorias a que ela equivale”.

²² Geoffrey Ingham, *ob. cit.*, pp. 70-71.

²³ Segundo o critério da sua específica “matéria”, todos estes suportes monetários podem ser reconduzidos à noção de dinheiro electrónico em sentido amplo. Todavia, como se explica mais adiante, no texto (ver, *infra*, ponto 5), segundo um critério jurídico-monetário, trata-se de diferentes modalidades de dinheiro.

função social e económica de denominador e quantificador de dívidas (actuais ou hipotéticas) – e, por essa via, as funções de padrão uniforme de comparação de valor de instrumento de, fixação de preços, contabilização, cálculo e previsão económicos –, o “dinheiro” não carece de nenhuma instanciação material, bastando-lhe o momento formal da unidade monetária (“*money of account*”)²⁴. Para cumprir a sua função de instrumento de *extinção de dívida* (no sentido específico, insisto, de obrigação monetária), o dinheiro tem de materializar-se em suportes monetários, em concretos *meios de pagamento* (“*money of payment*”). Não se paga uma dívida com unidades monetárias; mas apenas com suportes que representem um certa quantidade delas.

Admitindo que, noutros contextos, possa ser mais extenso, adopto, no quadro do presente estudo, um conceito de suporte monetário que é delimitado por uma específica nota diferenciadora: a sua aceitação, pela entidade criadora da correspondente unidade monetária, como meio definitivo de pagamento das dívidas de que seja credora. Por exemplo, no caso do sistema monetário europeu, integram o conceito todos (e apenas) os suportes monetários, expressos em euros, que a União e os Estados membros aceitam como pagamento liberatório de dívidas de que sejam credores, designadamente as dívidas tributárias²⁵.

²⁴ Por exemplo, a partir do momento em que foi normativamente criado o “euro”, passou a ser possível a denominação de dívidas (desde logo, a fixação de preços) “em euros”, mesmo que não houvesse ainda nenhum suporte monetário expresso nessa nova unidade monetária.

²⁵ Por exemplo, o “papel comercial” que é considerado “dinheiro” para efeitos de política monetária (integra o agregado monetário M3), está fora do alcance do conceito com que trabalho no texto.

Segundo um critério que atende à sua susceptibilidade de constituírem objecto de relações jurídicas, os suportes monetários agrupam-se em duas classes: a classe dos suportes monetários susceptíveis de serem objecto de direitos reais, obedecendo aos correspondentes princípios e regras de “circulação” (são os casos das notas e das moedas de euro); e a classe dos suportes monetários que se esgotam em inscrições (designadamente, inscrições materializadas em traços magnéticos em discos de computador – “*keystroking Money*”) de obrigações monetárias, insusceptíveis de serem objecto de situações jurídico-reais autónomas, distintas daquelas que possam incidir sobre a própria obrigação (é o caso dos depósitos bancários²⁶). Por facilidade, designo a primeira como a classe dos “objectos monetários” (“*money things*”²⁷) e a segunda como a classe dos “registos monetários”. Esta diferenciação permite desde já perceber os distintos significados jurídicos da expressão “ter dinheiro”, consoante se trate de “objectos monetários” ou de “registos monetários”: na primeira hipótese, “ter dinheiro” significa ser *proprietário* de “objectos monetários” (por exemplo, notas de papel); na segunda hipótese, significa apenas ser *credor* de uma obrigação monetária a que é (ontologicamente) inerente uma certa forma de registo (como sucede com o saldo de uma

²⁶ Como se verá adiante, já a respeito do sistema monetário europeu, um depósito bancário não é apenas uma obrigação monetária (em que o devedor é o banco e o credor é o depositante): é uma obrigação monetária inscrita, por meio de traços magnéticos (a sua forma original, anterior à sua tradução em caracteres alfanuméricos), numa conta bancária, onde são registados acréscimos e decréscimos na quantidade de unidades monetárias disponíveis – variações quantitativas que, em cada momento, se exprimem num “saldo” (o depósito bancário é esse “saldo”).

²⁷ L. Wrandall Wray, *Modern Money Theory, A Primer on Macroeconomics for Sovereign Monetary Systems*, Second Edition, Palgrave Macmillan, 2012, p. xiv.



conta de depósito), que não é, ela própria (a forma de "registo"), objecto jurídico autónomo²⁸. A emissão ou criação de suportes monetários origina, assim, diferentes situações jurídicas, de natureza real e obrigacional. Comum a todos os suportes monetários, independentemente da classe a que pertençam ("objectos monetários" ou "registos monetários") é a obrigação de o respectivo emitente (o Banco Central e o Estado, no caso das notas de papel e das moedas metálicas, respectivamente; os bancos comerciais, no caso do depósito) de aceitá-los como meio de pagamento das obrigações monetárias de que seja sujeito activo (sem prejuízo de aceitar suportes emitidos por outros sujeitos²⁹).

Em regra, no quadro do mesmo sistema monetário, os diversos suportes monetários são reciprocamente convertíveis, ao par: uma nota de € 50,00 pode ser convertida num depósito bancário do mesmo valor, e vice-versa; assim como um depósito bancário de € 500,00 pode ser convertido num outro depósito do mesmo valor, no mesmo ou em outro banco (através da im-

²⁸ Neste sentido, a estrutura da diferença (e só isso) entre os "objectos monetários" e os "registos monetários" é algo similar à estrutura da diferença entre os valores mobiliários titulados e os valores mobiliários escriturais. Tal como o "objecto monetário", o valor mobiliário escritural não é susceptível de posse nem de ser objecto de negócios jurídicos, por não haver um direito sobre o registo como há um direito sobre o título (assim como há um direito sobre o "objecto monetário") – Amadeu Ferreira, Valores Mobiliários Escriturais – Um Novo Modo de Representação e Circulação de Direitos, Almedina, 1997, p. 401.

Para que uma obrigação monetária de um banco seja considerada um "depósito" (assim se assumindo como um "suporte monetário" com eficácia liberatória generalizada – como meio de pagamento) é preciso que essa obrigação se apresente na forma de "saldo em conta", através do correspondente registo por meio de traços magnéticos.

²⁹ O Estado português, por exemplo, para além de aceitar as notas e as moedas expressas em euros, aceita também que os tributos que lança sejam pagos com dinheiro bancário (depósitos – isto é, saldos em contas bancárias).

propriamente designada “transferência de fundos”³⁰). Estes fenómenos de conversão não geram alterações na quantidade de unidades monetárias em circulação, mas apenas a modificação da sua distribuição (ou a sua realocação) pelos suportes que as representam e “transportam”.

1.2.1. A relação entre a unidade monetária e os suportes monetários

A unidade monetária precede lógica, ontológica e historicamente os suportes monetários.

Precede logicamente porque o conceito de suporte monetário pressupõe o de unidade monetária, na medida em que aquele é a representação material desta, permitindo a passagem do plano da “unidade de conta” para o plano dos “meios de pagamento”.

Precede ontologicamente porque a essência do dinheiro, o “ser dinheiro” (*moneyness*), reside na unidade monetária e não nos suportes monetários³¹. O simples facto (*institucional*) da criação normativa de uma unidade monetária permite, mesmo que não exista nenhum suporte monetário, a denominação e quantificação de dívidas. Daí que, por outro lado, a mesma unidade monetária possa ser representada por diferentes suportes monetários e que, simetricamente, estes só adquiram estatuto e funções monetários (enquanto meios de cumprimento de obrigações monetárias) se (e na medida em que) representem uma certa unidade monetária.

³⁰ Ver, *infra*, 3.2.3.3.

³¹ Geoffrey Ingham, *ob. cit.*, pp. 70-71



Precede historicamente porque antes do surgimento e disseminação das moedas metálicas como meio de pagamento imediato, as unidades monetárias já desempenhavam, nas economias centralizadas e de redistribuição das cidades mesopotâmicas (aqui, sobretudo, as unidades correspondentes a quantidades padrão de prata – o *Shekel* – e cevada), a função de quantificação, registo e cálculo de dívidas (tributárias e religiosas) que ligavam os soberanos e as autoridades religiosas aos súbditos e aos crentes³². O desenvolvimento da escrita e o conhecimento dos números (que facilitaram a transição da contagem “concreta” para contagem “abstracta” e a elaboração de registos quantificados) e a adopção de diferentes unidades de conta permitiram às burocracias dos templos e dos palácios o domínio dos rudimentos da contabilização e o cálculo das relações financeiras de tributação e redistribuição³³. Nestas sociedades arcaicas, predominavam, portanto, relações económicas de crédito (denominadas, quantificadas e registadas nas unidades de conta adoptadas), sendo raras as transacções executadas “a pronto” com concretos suportes monetários. Na história das civilizações humanas, e ao contrário do que é a voz corrente da ortodoxia, é a “sociedade do crédito” (“cashless society”) que antecede a “sociedade do dinheiro” (“cash-society”), e não o inverso³⁴. Importa aqui sublinhar que o surgimento da cunhagem (inicialmente privada) e circulação em larga escala de moedas metálicas (e a sua utilização como meio de pagamento instantâneo de dívidas criadas no

³² Geoffrey Ingham, ob. cit., 94-95, David Graeber, ob.cit., p. 214, e Tymoigne/L. Randall Wray.

³³ Felix Martin, ob. cit., pp. 38 e ss.

³⁴ David Graeber, ob. cit., p. 40

quadro de relações impessoais entre desconhecidos, fora do âmbito das relações de crédito da intimidade tribal) costuma situar-se à volta do ano 600, no Reino da Lídia, a Oeste da Anatólia (hoje, território turco)³⁵. Na mesma época, a amoedação começa também a desenvolver-se na China, nas margens do Rio Amarelo, e na Índia, no vale do Ganges³⁶. A emergência da cunhagem monetária não se deve propriamente a inovações tecnológicas. As grandes civilizações urbanas mesopotâmicas e mediterrânicas dispunham já das condições institucionais e técnicas necessárias para dar esse passo: haviam estabelecido unidades monetárias susceptíveis de representação; faziam uso de técnicas de contabilização e registo; e não eram alheias à utilização de metal não amoedado como meio de pagamento³⁷. Foi de natureza geo-estratégica o factor decisivo para o arranque da cunhagem: a desintegração, no próximo oriente, das organizações imperiais do fim do primeiro milénio a.C. e a simultânea emergência de uma miríade de reinos e cidades-estado que suportavam as suas pretensões de conquista e expansão territorial em exércitos profissionalizados constituídos por mercenários. As moedas metálicas eram o suporte mais indicado para a remuneração dos mercenários, que, dada a sua fácil portabilidade, as podiam levar para territórios distantes,

³⁵ David Graeber, , ob. cit., p. 224, e Geoffrey Ingham, p. 98.

³⁶ David Graeber, , ob. cit., pp. 224-225, convocando Jaspers, observa uma coincidência surpreendente: a eclosão da cunhagem de moeda ocorre no mesmo período temporal e nos mesmos espaços territoriais em que, numa época marcada por grande efervescência intelectual e pela pulverização das guerras, viveram Pitágoras, Buda e Confúcio, fundadores de tradições filosóficas e religiosas que chegaram até nós.

³⁷ Geoffrey Ingham, , ob. cit., p. 98.



aí as usando como meio de pagamento³⁸. As moedas, assim lançadas em circulação, dando origem a um mercado criado pela guerra³⁹, retornavam depois ao soberano através da tributação – necessária, por seu turno, para satisfazer as crescentes necessidades financeiras que a própria guerra alimentava. Como salienta Geoffrey Ingham⁴⁰, dando o exemplo do reino macedônio de Alexandre, *“it would be no exaggeration to refer to a «militar-coinage complex» in the second half of the first millennium BC”*. A disseminação do dinheiro amodado – a que é inerente a possibilidade da sua acumulação por privados e a emergência de relações (impessoais) de mercado fora da órbita dos centros de poder – precipitou, por sua vez, o enfraquecimento de algumas das estruturas das sociedades tradicionais, designadamente a acentuada hierarquização e rigidez social e a predominância de relações pessoais de dependência (que o crédito pressupunha, alimentava e reproduzia)⁴¹. O dinheiro, para quem o tivesse (para quem pudesse acumulá-lo), permitia quebrar os grilhões da tradição e romper a imutabilidade da hierarquia social; o dinheiro era um instrumento de libertação e de afirmação pessoal.

Esta tríplice precedência da unidade monetária em relação ao suporte monetário, e a sua natureza intrinsecamente institucional, desautoriza também a opinião comum de que a história do dinheiro é marcada por uma tendência de progressiva “desmaterialização”. Na verdade, o dinheiro, enquanto uni-

³⁸ Geoffrey Ingham, , ob. cit., p. 99.

³⁹ David Graeber, , ob. cit., p. 238.

⁴⁰ Geoffrey Ingham, , ob. cit., pp. 98-99.

⁴¹ Geoffrey Ingham, , ob. cit., p. 100 e Felix Martin, ob. cit., 62-63.

dade monetária que resulta de uma criação institucional (e não de um facto natural)⁴² é originária e ontologicamente imaterial. A ideia da “desmaterialização” é já, porém, inteiramente válida quanto aos suportes monetários, na medida em que a evolução tecnológica, por um lado, e a preponderância do dinheiro bancário nos sistemas monetários, por outro lado, têm favorecido a sua paulatina “descorporalização” (é mais de descorporalização que se trata, e não tanto de radical “desmaterialização”).

1.2.3. Os produtores de dinheiro e a comunidade monetária

Para além de uma unidade monetária (“*money of account*”) e dos suportes que a representam (“*money of payment*”), faz parte da estrutura geral de um qualquer sistema monetário a existência de produtores (ou criadores) de dinheiro e de uma comunidade que o utiliza. Neste estudo, quando falo em produtores (ou criadores) de dinheiro refiro-me às entidades que criam (fazem) os suportes monetários aceites como meios de pagamento de dívidas denominadas na correspondente unidade monetária. Como confirmaremos mais adiante a propósito do sistema europeu, nos actuais sistemas monetários capitalistas, a maior parte do dinheiro em circulação é produzida pelos bancos comerciais, através da criação de depósitos (obrigações monetárias originariamente inscritas, na forma de traços magnéticos em discos de computador, em contas bancárias – “registos monetários”, na terminologia aqui adoptada). É

⁴² Ver, com mais detalhe, no texto, o ponto 2.1.



muito reduzida, dentro da massa monetária total, a quantidade de dinheiro produzida pelos bancos centrais – e menor ainda a que é criada pelos Estados. O que significa (quanto aos sistemas de matriz pública) que, apesar de a unidade monetária que identifica um certo sistema monetário ser instituída pelo Estado, os suportes que a representam são produzidos, em larguíssima extensão, por privados. A criação de dinheiro não é já, como foi outrora (até ao advento do dinheiro bancário), um privilégio do soberano.

O poder de criação monetária (o poder de produzir suportes monetários), é uma fonte de “lucro” para os seus titulares: a senhoriagem. A senhoriagem consiste na diferença entre os custos de produção dos suportes monetários e o seu valor nominal⁴³. Na sua versão histórica original, a senhoriagem era constituída pela diferença entre os custos de amoedação (incluindo a matéria prima e os custos do processo de cunhagem) e o valor nominal das moedas (correspondente a um certo poder de compra abstracto). O soberano consumava a “mais-valia” da senhoriagem através da utilização directa das moedas na realização de despesa (despesa militar, por exemplo)⁴⁴. A senhoriagem relativa ao actual dinheiro bancário, cujos custos de produção (que se esgota na digitação de registos de dívida em suporte magnético) estão próximos do zero, efectiva-se, em

⁴³ Joseph Huber, *Monetäre Modernisierung, Zur Zukunft der Geldordnung: Vollgeld und Monetative*, Metropolis Verlag, Marburg, 2014, pp. 18-19.

⁴⁴ Actualmente, no sistema monetário europeu, a senhoriagem, neste figurino tradicional, apenas se verifica na emissão de moedas metálicas, que constitui ainda um exclusivo (com uma expressão quantitativa pouco mais do que simbólica) dos Estados. Relativamente à Alemanha, Joseph Huber (ob.cit. na nota anterior) informa que os custos de produção das moedas de 1 e 2 euros são, respectivamente, de 10 e 13 cêntimos.

regra, quando a sua criação resulta da concessão de crédito, através da cobrança de juros⁴⁵. Mas nas hipóteses em que a criação de dinheiro bancário serve para, directamente, pagar dívidas do próprio banco emitente (como o pagamento dos salários dos seus colaboradores) o lucro da senhoriagem é obtido através do método tradicional: a utilização do dinheiro criado *ex novo* na realização directa de despesa, na aquisição de bens ou serviços (ver, *infra*, ponto 3.2.3.1.).

A comunidade monetária de um certo sistema monetário é constituída pelo universo daqueles que utilizam a sua unidade monetária na denominação e quantificação de dívidas e os respectivos suportes no seu pagamento. A comunidade monetária de um certo sistema monetário não tem necessariamente de coincidir com os residentes no respectivo “espaço monetário”, que corresponde ao território sob a soberania do Estado (ou dos Estados membros de uma organização internacional) que institui uma certa unidade monetária, e dentro do qual pode impor específicos regimes monetários, como o curso forçado de certos suportes ou proibições de circulação. Por exemplo, a comunidade monetária do dólar americano (e de outras “reservas internacionais”), considerando a sua vasta utilização nas transacções internacionais, ultrapassa as fronteiras territoriais dos Estados Unidos⁴⁶.

⁴⁵ Joseph Huber, *ob.cit.*, p. 20.

⁴⁶ Segundo estatísticas da SWIFT, em 2014, 51,9 % dos pagamentos internacionais foram feitos em dólares, cabendo ao euro a percentagem de 30,5%. São, por outro lado, conhecidas experiências de países que, em períodos de perturbação monetária, abdicando de uma política monetária própria, adoptaram, nas transacções domésticas (ou em algumas delas), a unidade monetária (e os correspondentes suportes) de um sistema monetário estrangeiro, passando, assim, a integrar a respectiva comunidade monetária – é o chamado fenómeno da

2. Duas questões “filosóficas” sobre o dinheiro

Feita a análise do conceito geral de sistema monetário, entremeada por algumas notas históricas, é possível tomar posição sobre duas questões “filosóficas” relativas ao fenómeno monetário: a questão da “natureza” do dinheiro; e a questão de saber se a “origem” do dinheiro é o Estado (tomada a expressão no sentido, muito amplo, de entidade detentora do poder político) ou se o “mercado” o criou por geração espontânea.

2.1. A questão da “natureza” do dinheiro: mercadoria ou “facto institucional”?

Quanto à primeira questão, creio que deve rejeitar-se a teoria, ortodoxa, que considera que o dinheiro é uma “mercadoria” (“real” ou “representativa” de um cabaz de mercadorias) – mercadoria que determina o seu valor – adoptada como meio geral de troca^{47 48}. O dinheiro (tomada a expressão com o “dolarização”. A adopção do dólar americano pelo Zimbabwe, em 2008, é um exemplo de dolarização (<http://www.investopedia.com/terms/d/dollarization.asp>).

⁴⁷ Para uma exposição e crítica da “commodity theory of money”, ver Geoffrey Ingham, ob. cit., pp. 15 e ss.

⁴⁸ Num plano mais jurídico-analítico, deve realçar-se a completa impropriedade do conceito de “troca” para captar a essência dos contratos que incluem na sua estrutura típica uma prestação monetária, de que o paradigma é a compra e venda – o contrato modelar das relações de mercado. Em tais hipóteses, não se trata da troca de uma coisa por outra coisa (não se trata, quanto

alcance suficiente para abranger todos os elementos de um sistema monetário) não é uma coisa, ou um “facto natural”, nem as funções que desempenha nas sociedades humanas são inerentes ou determinadas pela estrutura ou natureza de uma qualquer coisa ou facto natural. O dinheiro é (e manifesta-se como) um conjunto de *factos institucionais*; é uma “realidade institucional”.

Seguindo John R. Searle⁴⁹, importa distinguir entre os “*factos brutos*” (“*brut facts*”) e os “*factos institucionais*” (“*institutional facts*”). Os primeiros, os *factos brutos*, existem independentemente de qualquer instituição humana (o facto, por exemplo, de a água ser constituída por dois átomos de hidrogénio e um de oxigénio); os segundos, os “*factos institucionais*”, apenas existem (a sua existência apenas é possível) no quadro de instituições (o facto, por exemplo, de eu ser “proprietário” do computador onde escrevo este texto, ou de Marcelo Rebelo de Sousa ser Presidente da República Portuguesa). Uma “instituição”, possibilitada pela “intencionalidade colectiva” que permite a cooperação social⁵⁰, exprime a “aceitação ou reconhecimento” de uma certa

aos seus efeitos, de contratos bilateralmente reais), mas da transmissão da propriedade de uma coisa em contrapartida da criação de uma obrigação monetária (a obrigação de pagar o preço). Esta distinção, que afasta a possibilidade de assimilar a compra e venda à troca, era já clara no direito romano. Paulus, D.18.1.1., referindo-se ao *nummus* (o dinheiro a entregar pelo comprador), sustenta que “*eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur*”. E o mesmo Paulus, D.18.1.1.1., mais adiante, secundando a posição de Nerva e de Proculus quanto à questão de saber “*an sine nummis venditio dici hodieque possit*”, conclui que “*nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit*”.

⁴⁹ John Searle, ob.cit., p. 10, e *Mind, Language an Society*, Philosophy in the Real World, Basic Books, 1999, pp. 116 e ss.

⁵⁰ Sobre o conceito de “colective itentionality”, ver John Searle, *Making the Social World*, pp. 42 e ss.

sociedade quanto à atribuição de certas funções a objectos e pessoas (“funções estatutárias” – “*status functions*”). Continuando com Searle, “os humanos têm a capacidade de atribuir a objectos e pessoas funções que estes não podem realizar apenas em virtude da sua estrutura física” – funções que apenas desempenham porque a sociedade lhas atribui e os aceita ou reconhece como objectos ou pessoas que as desempenham⁵¹. O facto (institucional) de eu “ser proprietário” deste computador não depende das minhas características pessoais nem da estrutura física do computador, mas da aplicação das normas jurídicas relativas à aquisição e ao conteúdo do direito de propriedade. A atribuição de “*status functions*” a objectos e pessoas determina a criação de um conjunto de direitos, deveres e outros tipos de “*poderes deônticos*”, que constituem o seu estatuto institucional. Uma “instituição”, por seu turno, é um “sistema de normas constitutivas” (“*constitutive rules*”) – é no quadro destas normas que se torna possível que um “facto bruto” se transforme num “facto institucional”. As normas constitutivas, ao invés das normas apenas “regulativas”, não se limitam a regular: elas “criam a possibilidade do próprio comportamento que regulam”, como sucede com as regras dos jogos (um jogo de xadrez, por exemplo, é um conjunto de regras – são essas regras que o *constituem enquanto* jogo de xadrez). As “normas constitutivas” seguem a seguinte estrutura formal: “*X vale Y no contexto C*” (*X counts as Y in context C*)⁵².

As “normas constitutivas”, por outro lado, são criadas por verdadeiros “*actos linguísticos*” (“*speech acts*”) com a forma lógica de *declarações* (“*declarations*”) – o que significa que a realidade institucional é, verdadeiramente, uma criação

⁵¹ John Searle, *Making the Social World*, pp. 7 e 93 e ss.

⁵² John Searle, *Making the Social World*, ob. cit., p. 10.

linguística. Diferentemente do que sucede, por exemplo, com os actos linguísticos de tipo “assertivo” (afirmações, descrições, etc...), cuja “força ilocutória” consiste em representar as coisas como elas são (e que se caracterizam por uma *word-to-world direction of fit*), e com os actos de tipo “directivo” (ordens, comandos, etc...), cuja “força ilocutória” se traduz na tentativa de determinar o destinatário a “fazer certas coisas” (e que se distinguem por uma *world-to-word direction of fit*), as “declarações” (que reúnem ambas as “*directions of fit*”, *word-to-world* e *world-to-word*) ostentam a quase taumatúrgica força (ilocutória) de fazerem algo existir (enquanto realidade institucional) por efeito do simples facto de se “declarar” que ele existe (“*make something the case by declaring it to be the case*”)⁵³. Portanto, a realidade institucional (um conjunto de factos institucionais) é criada por actos linguísticos com a força ilocutória de “declarações” e o conteúdo proposicional de “normas constitutivas” (que são verdadeiras “*standing declarations*”) que atribuem certas “funções” (*status functions*) a certas categorias de objectos e pessoas.

Se pensarmos, por exemplo, em alguns dos elementos e aspectos do sistema monetário europeu (que segue a estrutura padrão dos sistemas monetários de matriz pública), não teremos dificuldade em reduzi-lo a um sistema de factos institucionais, a uma realidade linguisticamente criada, muito distante da representação social e mediática do dinheiro como uma realidade física inexpugnável, constituída por objectos valiosos em si mesmos, que se impõe à sociedade e a condicionam,

⁵³ John Searle, John Searle, *Making the Social World*, p. 69, e *Mind, Language and Society, Philosophy in the Real World*, pp. 136 e ss.



produzindo-a, em lugar de serem produto dela. O euro, enquanto unidade monetária (*money of account*), é um ente puramente institucional, que apenas existe porque assim é normativamente declarado num Regulamento⁵⁴. E o mesmo sucede com os suportes monetários (*money of payment*), que apenas adquirem a função ("*status function*") de meios de pagamento (de meios extinção de obrigações monetárias) porque ela lhe é normativamente atribuída, e não por causa de alguma qualidade específica da sua materialidade. É assim quanto às moedas metálicas e às notas dos bancos centrais e também quanto aos depósitos bancários. A *institucionalidade* do depósito bancário é ainda mais radical, na medida em que a sua específica materialidade (a inscrição digital de traços magnéticos) é, ela própria, uma criação linguística (ainda que mediada pela linguagem da programação informática). Enquanto que, nas moedas e nas notas, se trata de atribuir uma função a um objecto preexistente, não linguístico, a materialidade do depósito bancário é originalmente linguística. Faz todo o sentido, portanto, que amiúde se lhe chame dinheiro (ou moeda) "escritural".

2.2. A "origem" do dinheiro: o mercado ou o Estado? ("the myth of barter")

É quase unânime, na literatura económica e jurídico-bancária (sobretudo em manuais e obras gerais), a insistência na perspectiva de que, antes do aparecimento do dinheiro (e a palavra é aí tomada, quase sempre, na acepção restritíssima de

⁵⁴ Ver adiante, no texto, o ponto 3.1.

moedas feitas de um metal padrão), as sociedades humanas teriam vivido um período (que nunca é situado cronologicamente nem concretizado espacialmente) em que as relações económicas se esgotavam na troca directa de mercadorias (“*truck and barter economy*”) – ainda que não seja raro que os autores, quando se referem a esse suposto período histórico, convoquem a imaginação do leitor⁵⁵ ou, cautelosamente, ressalvem tratar-se não tanto de um relato “rigorosamente histórico” mas da exposição da “evolução racional da matéria”⁵⁶. Segundo a mesma perspectiva, com a intensificação da divisão do trabalho, a troca directa de mercadorias terá começado a evidenciar as suas limitações e inconvenientes (dir-se-ia, hoje, os seus “custos de transacção”), em particular por causa da frequente falta da *dupla coincidência de necessidades*. Daí que, diz-se, para ultrapassar tais limitações e inconveniências, os próprios sujeitos actuantes no mercado da troca directa, por efeito de um (imaginado) consenso, tenham escolhido uma mercadoria padrão (é aqui que entram os metais preciosos) pela qual todas as outras seriam trocadas (e em relação à qual o seu valor seria fixado), e que funcionaria, portanto, como meio geral de troca indirecta. O sapateiro não teria de preocupar-se em encontrar um talhante que estivesse interessado em trocar carne pelos seus sapatos excedentários: bastar-lhe-ia vendê-los a um terceiro e comprar a carne com o “dinheiro” obtido. Disseminaram-se, assim, as ideias que Adam Smith, na tradição liberal de John Locke, apresentara na “Riqueza das Nações”: o dinheiro

⁵⁵ David Graeber, ob. cit. p. 23, dá-nos alguns exemplos.

⁵⁶ António Menezes Cordeiro, Manual de Direito Bancário, 3.ª Edição, Almedina, 2006, p. 53.



era uma invenção espontânea do mercado e não uma criação do Estado⁵⁷.

Creio que é rejeitar esta visão do fenómeno monetário. Desde logo, porque assenta numa concepção do dinheiro que, pelas razões expostas no ponto anterior, não é de acolher: a concepção do dinheiro como mercadoria.

Em segundo lugar, os estudos históricos e antropológicos não confirmam a existência, em qualquer tempo ou lugar, de economias de troca directa, numa espécie de “estado natural financeiro”, anterior à invenção do dinheiro. Caroline Humphrey é especialmente peremptória a este respeito: “No example of a barter economy, pure and simple, has ever been described, let alone the emergence from it of money; all available ethnography suggests that never has been such a thing”⁵⁸. A explicação de Adam Smith, parecendo oferecer a conveniência das respostas simples (mas erradas) para questões complexas, aproxima-se mais de uma narrativa mítica não imediatamente implausível do que de uma hipótese científica capaz de resistir a um teste de falsificação⁵⁹.

⁵⁷ David Graeber, ob. cit., 24 e ss, onde se pode ler alguns excertos da obra de Adam Smith.

⁵⁸ *Apud* David Graeber, ob. cit. p. 29.

⁵⁹ David Graeber, p. 21, Christine Desan, p.9, e Michael Hudson, pp. 108 e ss., falam mesmo em “myth of barter”. É curioso notar, todavia, que muito antes de Adam Smith, já Paulus, D.18.1.1., recorria ao mesmo expediente argumentativo (ligando o surgimento do dinheiro – a “*electa materia*” – à transição da troca para a compra e venda): “*Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. Olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret.*”.

Os dados da história econômica e da antropologia sustentam, diversamente, a tese da origem estatal do dinheiro (*State Theory of Money*). Por um lado, na sua (essencial) dimensão de unidade de conta (unidade monetária) – sem a qual não é possível calcular e fixar preços (e sem a qual, portanto, não é possível desenvolver relações de mercado) –, o dinheiro é uma criação das burocracias dos palácios e dos templos das civilizações urbanas mesopotâmicas ⁶⁰. Note-se, a este respeito, que mesmo nos períodos metalistas da história monetária, a escolha de um certo metal como a “substância” monetária não basta para assegurar a função essencial de *money of account*. Para além disso, e sobretudo, é necessário instituir a “quantidade-padrão” desse metal que permita determinar, de modo uniforme e geral, as relações de equivalência (os preços) com os outros bens – quer dizer, é necessário instituir a unidade monetária. E, do que se sabe, a unidade monetária sempre foi estabelecida pelo Estado (tomada a expressão, insiste-se, num sentido muito amplo de “autoridade”, sem nenhuma especificidade político-constitucional). De resto, a corrente econômica dominante não chega a explicar como poderia, numa economia de troca directa (se ela existisse), passar-se espontaneamente de uma miríade de taxas bilaterais de equivalência para uma unidade de conta padrão⁶¹. Por outro lado, a emergência da circulação generalizada dos suportes monetários metálicos está umbilicalmente ligada ao poder tributário do Estado (“*taxes drive money*”⁶²): tendo o poder de lançar tributos, o Estado

⁶⁰ Jaromir Bennes/Michael Kumhof, *The Chicago Plan Revisited*, IMF Working Paper, International Monetary Fund, p. 12.

⁶¹ Geoffrey Ingham, *ob. cit.*, pp. 25 e 34.

⁶² L. Randall Wray, *Modern Money Theory*, *ob. cit.*, p. 48.



tem também o poder de determinar com que meios (no sentido de “suportes monetários”) são pagos, assim como o poder (e o privilégio) de produzi-los⁶³.

3. Os dois principais elementos do sistema monetário europeu: a unidade monetária (o “euro”) e os suportes monetários

3.1. A unidade monetária

A unidade monetária que identifica o sistema monetário europeu é o “euro”. Segundo o art. 2.º do Regulamento (CE) n.º 974/98, do Conselho, de 3 de Maio de 1998, relativo à introdução do euro, “[a] partir de 1 de Janeiro de 1999, a moeda dos Estados-membros participantes é o euro. A respectiva unidade monetária é um euro. Cada euro dividir-se-á em cem cents”. O art. 4.º, por sua vez, determina que “[o] euro é a unidade de conta do Banco Central Europeu (BCE) e dos bancos centrais dos Estados-membros participantes”.

“O” euro é, já o vimos, uma pura criação institucional, resultado de um acto linguístico-legislativo, produtor de efeitos semânticos e possibilitador de efeitos jurídicos. É o morfema⁶⁴ da linguagem em que são “expressos” os suportes monetários, “denominadas” as dívidas e “redigidos os contratos, as leis nacionais e outros instrumentos jurídicos” (considerando 11 do Regulamento (CE) n.º 974/98). “Um” euro é a “quantidade” pa-

⁶³ Ver Tymoigne/ L. Wrandall Wray.

⁶⁴ Ver. Supra, 1.1.2.

drão (a “unidade”) dessa “grandeza” puramente mental que é o poder abstracto de extinguir dívidas denominadas e quantificadas com base na mesma unidade (com menos precisão analítica, dir-se-á que se trata de uma “quantidade” padrão de poder abstracto de compra). “Um” euro (a unidade monetária) não consiste em (nem corresponde a) nenhuma quantidade de uma qualquer grandeza física, seja o peso de um metal precioso ou de outra coisa qualquer.

3.2. Os suportes monetários

3.2.1. *Nota prévia: a composição do sistema bancário (os níveis periférico, intermédio e central)*

Os bancos (comerciais e centrais), em maior ou menor medida, direta ou indirectamente, têm intervenção nos mecanismos de criação, circulação e destruição dos diversos suportes monetários. Antes, pois, de avançar para a apresentação de cada um deles, e de modo a respeitar o encadeamento lógico dos conceitos, importa fazer uma brevíssima nota prévia sobre a composição do *sistema bancário*, que se desenvolve em *três níveis* de relações monetárias⁶⁵: o nível (*periférico*) das relações entre os bancos [tomada a expressão no sentido específico de instituições de crédito que podem “receber” depósitos, nos termos do art. 4.º/1-a) do RGICSF⁶⁶] e o público; o

⁶⁵ É apenas das relações monetárias (relativas à criação, circulação e destruição de suportes monetários) que se trata no texto.

⁶⁶ Aprovado pelo Decreto Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro (regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras).



nível (*intermédio*) das relações interbancárias (relações entre os bancos); e o nível (*central*) das relações entre os bancos e os bancos centrais nacionais⁶⁷.

No primeiro nível (o nível periférico), a “*conta de depósito bancário*” é o mecanismo através do qual se processam as relações especificamente monetárias entre os bancos e os seus clientes. É nela, e por meio dela, que se constitui o “depósito bancário” propriamente dito e é nela que se reflectem as suas variações quantitativas⁶⁸. Os suportes monetários próprios deste nível – os únicos nele susceptíveis de uso na criação, modificação e extinção de obrigações monetárias – são as notas dos bancos centrais nacionais, as moedas emitidas pelos Estados membros e os depósitos bancários. É este o “dinheiro” do primeiro nível do sistema bancário (“*Publikumsgeld*”⁶⁹).

No segundo nível (*intermédio*), assumem especial relevância as relações monetárias entre os bancos no quadro do funcionamento dos “sistemas de pagamento”, designadamente as relações de compensação (*clearing*) desencadeadas pelas chamadas “transferências de fundos” entre contas de depósito do primeiro nível. Embora seja possível que um banco possa abrir uma conta de depósito em outro banco (é o que sucede nas relações de “correspondência bancária”), não é esse (o depósito bancário) o dinheiro corrente nas relações monetárias entre os bancos. O dinheiro (no sentido de “suporte monetário”) que aqui amplamente predomina é outro: consiste nas “reservas” dos bancos centrais nacionais, que são os saldos

⁶⁷ Horst Seiffert, *Geldshöpfung*, Horst Seiffert, Berlin, 2012, pp. 22-23, e Joseph Huber, pp. 15-16 (que não autonomiza o nível intermédio).

⁶⁸ Ver, *infra*, 3.2.3.1.

⁶⁹ Joseph Hüber, *ob.cit.*, p. 12.

das contas abertas pelos bancos nos bancos centrais nacionais (“*Zentralbankgeld*”). As reservas são, por assim dizer, os “depósitos” constituídos pelos bancos em contas de que são titulares nos respectivos bancos centrais nacionais⁷⁰. É com reservas (tomada a expressão neste apertadíssimo sentido) que os bancos pagam (ou emprestam, no mercado interbancário) entre si. Trata-se de uma espécie de dinheiro a que o “público” não tem acesso⁷¹.

As relações monetárias do terceiro nível (o nível central) têm como sujeitos os bancos centrais nacionais e os bancos que neles têm contas abertas (as já referidas contas de “reservas”). É a este nível que operam os *instrumentos* de execução das *decisões de política monetária*⁷² tomadas pelo BCE, os quais, do ponto de vista funcional, se reconduzem a um de três tipos: fixação de *reservas mínimas* (isto é, saldos mínimos em contas de reservas); instrumentos de *cedência de liquidez* (como sucede

⁷⁰ Diz-se, no art. 24.º/1-e) da Lei Orgânica do Banco de Portugal que este pode “*aceitar depósitos, à vista ou a prazo, das instituições de crédito, sociedades financeiras e outras instituições financeiras*”.

⁷¹ Sobre a definição de “conta de reservas”, ver o “Glossary” disponível no site do Banco Central Europeu: <https://www.ecb.europa.eu/home/glossary/html/glossa.en.html>. Sobre o ponto, ver ainda Martin O’Brien, *Understanding the EuroSystem Central Bank Financial Statements*, Central Bank Quarterly Bulletin, Q3, Central Bank of Ireland, 2012, pp. 73 e ss, e Mira Telekova, *How banks create & destroy money*, <http://sensiblemoney.ie/data/documents/How-Banks-Create-and-Destroy-Money.pdf>

⁷² As “decisões” de política monetária (vinculadas ao objectivo da estabilidade dos preços) têm por objecto a fixação das taxas de juro nas operações de financiamento (juro a pagar pelos bancos) e nas “facilidades de depósito” (juro a pagar pelos bancos centrais nacionais). Através da fixação de reservas mínimas e das operações de cedência e absorção de liquidez, o BCE procura induzir o mercado interbancário a adoptar uma taxa de juro próxima daquela que ele próprio estabelece. Sobre este ponto, ver *The Supply of Money – bank Behaviour and the Implications for monetary analysis*, BCE, Articles, 2011, https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/art1_mb201110en_pp63-79en.pdf

com as operações de financiamento e as compras, definitivas ou reversíveis, de activos aos bancos); e instrumentos de *absorção de liquidez* (como, por exemplo as “facilidades de depósito” e as vendas de activos aos bancos).⁷³ O manuseamento dos instrumentos de cedência e absorção de liquidez dá sempre origem a alterações quantitativas nas contas de reservas dos bancos abertas nos bancos centrais nacionais: aumento, no caso dos instrumentos de “cedência de liquidez”; diminuição, quando se trate de instrumentos de “absorção de liquidez”.

3.2.2. *Suportes monetários emitidos por sujeitos de direito público*

3.2.2.1. As reservas dos bancos nos bancos centrais nacionais

As “reservas” de que aqui se trata são “apenas” os saldos das contas de que os bancos são titulares nos respectivos bancos centrais nacionais – dito mais brevemente: as contas dos bancos nos bancos centrais nacionais. Nada que tenha que ver, portanto, com lingotes de ouro guardados em *Fort Knox* ou em qualquer outra fortificação. Os saldos das contas de reservas integram o passivo do banco central⁷⁴ e o activo do

⁷³ Sobre as categorias e tipos de instrumentos de política monetária (geridos, de forma descentralizada, pelos bancos centrais nacionais – que, por essa via, põem em marcha as determinações político-monetárias do BCE), ver a Orientação (UE) 2015/510 do Banco Central Europeu, de 19 de dezembro de 2014, relativa ao enquadramento para a implementação da política monetária do Eurosistema (BCE/2014/60).

⁷⁴ Estas “reservas”, por conseguinte, não se confundem nem com as já referidas “reservas internacionais”, que são suportes monetários expressos em unidades monetárias de outros sistemas monetários (dólar americano, iene, etc...) e integram o activo dos bancos centrais (“*asset reserves*”), nem com as notas de

banco titular da conta. Um saldo (positivo) em conta de reservas é, portanto, uma obrigação monetária do banco central, cujo credor é o banco titular da conta. Não se trata, porém, de uma obrigação monetária qualquer: trata-se de uma obrigação que, directa e imediatamente (independentemente de relações jurídicas conexas), é criada pela inscrição magnética (gravação de traços magnéticos em disco rígido) em conta: *keystroking money*. A conta de reservas (como as contas bancárias em geral) é, pois, um registo em que o banco central inscreve alterações quantitativas ("movimentos" a crédito e a débito), que se exprimem num saldo (numa certa quantidade de unidades monetárias – de euros, no caso). O facto (jurídico) radicalmente constitutivo desta específica obrigação monetária é o acto escritural (materialmente consistente na gravação magnética), necessariamente praticado pelo banco central, da inscrição em conta. O que, de novo, evidencia a natureza linguístico-institucional do dinheiro (neste caso, das reservas dos bancos centrais): a existência do saldo em que a reserva se exprime resulta de actos, praticados pelo banco central de que se trate, de inscrição, numa conta, de aumentos e diminuições na quantidade de unidades monetárias. O que confere a qualidade de "dinheiro" (suporte monetário) à reserva é o facto de ele resultar de uma inscrição em conta operada por um sujeito (o banco central nacional) a que o sistema jurídico reconhece o poder de, através dessa inscrição, criar (quando aumenta o saldo) e "destruir" (quando diminui o saldo) dinheiro. Neste sentido, e sobretudo nos casos em que a inscrição em conta

papel e moedas metálicas que os bancos tenham guardadas em cofre ("cash vaults") para satisfazer as necessidades correntes de "levantamentos" em "espécie" dos seus clientes.

gera um aumento absoluto das reservas⁷⁵, pode-se dizer que os bancos centrais têm o poder de criar dinheiro *ex nihilo* ("out of nothing" ou "out of thin air").

Como se realçou já, este "tipo" de dinheiro dos bancos centrais (os saldos das contas de reservas – as "notas" são, como veremos ainda, o outro tipo de dinheiro criado pelos bancos centrais) é de utilização circunscrita, na medida em que só pode ser usado pelos sujeitos que operam no nível central do sistema bancário: os bancos centrais e os bancos. É este o dinheiro usado nas operações de política monetária nas relações entre bancos centrais nacionais e bancos (operações de cedência e absorção de liquidez) e nas relações entre estes, quer para liquidar as dívidas emergentes do funcionamento dos sistemas de pagamentos, quer nas operações do mercado interbancário.

Por força das determinações de política monetária do BCE, os bancos estão obrigados a manterem, durante períodos de tempo de referência ("*reserve maintenance period*"), saldos médios mínimos nas suas contas dos bancos centrais nacionais⁷⁶: são as chamadas "reservas mínimas" ("*minimum or required reserves*"), que resultam da aplicação de uma certa taxa per-

⁷⁵ Pode-se distinguir entre os casos em que a criação de dinheiro é absoluta e os casos em que é apenas relativa. No primeiro caso (criação absoluta), a inscrição em conta gera um aumento da massa monetária global – é o que se passa nas operações de financiamento e nas compras de activos pelos bancos centrais nacionais (veja-se o fenómeno recente do programa de "quantitative easing"). No segundo caso (criação relativa), a inscrição numa conta de reservas de um movimento a crédito é "compensada" pela inscrição a débito em outra conta de reservas (do mesmo ou de outro banco) – é o que se passa numa "transferência" entre contas.

⁷⁶ O poder de imposição de reservas mínimas é atribuído ao BCE no art. 19 dos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu.

centual (“*reserve ratio*”)⁷⁷ a certos elementos (“*reserve base*”) dos balanços dos bancos (em particular, rubricas do passivo – sobretudo os saldos das contas de depósito dos seus clientes). As reservas “excedentárias” (“*excess reserves*”) – aquelas que sobram além das “mínimas” – ou são “imobilizadas” em contas a prazo (“*deposit facilities*”) ou são usadas no pagamento dos saldos devedores resultantes do funcionamento dos sistemas de pagamentos (“reservas de pagamento” – “*Zahlungsreserven*”), ou no mercado interbancário.

3.2.2.2. Moedas metálicas

Nos termos do art. 11.º/1 do Regulamento (CE) n.º 974/98 do Conselho, “[a] partir de 1 de Janeiro de 2002, os Estados-membros participantes emitirão moedas expressas em euros ou em cents, que respeitem as denominações e as especificações técnicas que o Conselho possa adoptar (...)”.

Cabe, portanto, aos Estados membros o poder de criação deste específico tipo de “objecto monetário”: as moedas feitas de ligas metálicas. A cunhagem de moedas, exclusivamente reservada aos Estados, é uma actividade lucrativa, na medida em que aqueles “embolsam” a diferença entre os custos de produção das moedas e o seu valor nominal (a já referida “senhoriagem”), que deve ser pago pelos bancos centrais nacionais correspondentes, a quem incumbe lançá-las em circulação.

⁷⁷ Desde 2012, a “*reserve ratio*” é de 1% (https://www.ecb.europa.eu/explainers/tell-me/html/minimum_reserve_req.en.html)



É isso mesmo que, no caso de Portugal, se encontra estabelecido no art. 8.º do Decreto-Lei nº 246/2007, de 26 de Junho (que *“regula a emissão, cunhagem, colocação em circulação e comercialização de moeda metálica, nos aspectos que não são objecto de regulamentação por normas comunitárias”*): *“1 – O Banco de Portugal põe em circulação as moedas metálicas. (...) 2 – O valor facial das moedas efectivamente postas em circulação é entregue pelo Banco de Portugal à Direcção-Geral do Tesouro e Finanças.”*.

A chegada das moedas aos “bolsos” (e, aqui, o termo pode usar-se com inteira propriedade) dos consumidores é precedida de uma sucessão de actos, materiais e jurídicos: depois de produzidas, as moedas são entregues ao banco central nacional (aumentando o seu activo), que, em contrapartida, “entrega” ao Estado o valor facial correspondente (“entrega” que consistirá na creditação da conta do Estado aberta no “seu” banco central); seguidamente, o banco central distribuirá as moedas pelos bancos, à medida das necessidades destes, por contrapartida do débito do seu valor facial na respectiva conta de reservas; finalmente, os bancos, em contrapartida do débito correspondente nas suas contas de depósitos, colocarão as mesmas moedas nas mãos dos seus clientes, que com elas pagarão os bens e serviços que adquirirem. Entretanto, invertendo-se o sentido do circuito, as moedas, gerando movimentos a crédito nas contas de depósitos, regressarão aos bancos, que, em contrapartida do crédito do valor correspondente nas suas contas de reservas, devolverão ao banco central as que excederem as suas necessidades quotidianas de caixa⁷⁸. Observa-

⁷⁸ Sobre o circuito de produção, distribuição e retoma das moedas metáli-

-se, assim, num fluxo-refluxo que corre entre os diferentes níveis do sistema bancário, uma sequência de conversões recíprocas de diferentes suportes monetários: conversão de reservas em moedas; de depósitos em moedas; de moedas em depósitos; e de moedas em reservas.

3.2.2.3. As notas de papel

Nos termos do art. 10.º/1 do Regulamento (CE) n.º 974/98 do Conselho, “[a] partir de 1 de Janeiro de 2002, o BCE e os bancos centrais dos Estados-membros participantes porão em circulação notas expressas em euros”.

Na linha de uma tradição que já é secular⁷⁹, os suportes monetários consistentes em notas de papel são emitidos e postos em circulação pelos bancos centrais nacionais – escapando, por conseguinte, ao privilégio monetário dos Estados (que fica reduzido à cunhagem de moedas – um suporte monetário que corresponde a uma percentagem insignificante da massa monetária global). O circuito monetário percorrido pelas notas de banco é semelhante aos das moedas (descrito no ponto anterior), descontando a especificidade, como acaba de su-

cas (assim como os correspondentes movimentos contabilísticos e escriturais), ver Timm Gudehus, *Geldordnung, Geldschöpfung und Staatsfinanzierung*, *Zeitschrift für Wirtschaftspolitik ZFW* 62/2 (2013), pp. 3-5.

⁷⁹ Sobre a história da emissão de notas de papel por bancos (privados, primeiro, e públicos, depois), ver William Roberds/ François R. Velde, *Early Public Banks I, Ledger-Money Banks*, in *Money in The Western Legal Tradition, Middle Ages to Breton Woods*, Edited by David Fox/ Wolfgang Ernst, Oxford, 2016, pp. 359 e ss, e *Early Public Banks II: Banks of Issue, Money in The Western Legal Tradition, Middle Ages to Breton Woods*, pp. 465 e ss.



blinhar-se, de não serem emitidas pelos Estados. Há, por outro lado, algumas diferenças no plano contabilístico dos balanços dos bancos centrais: diferentemente das moedas, que aumentam o activo do banco central, as notas (o seu valor), quando postas em circulação (por contrapartida do débito nas contas de reservas dos bancos que as adquiram), são registadas no “lado do passivo” do balanço do banco central emitente. É também diverso o modo de obtenção da senhoriagem (o lucro proveniente do privilégio da emissão): em vez de resultar da diferença entre os custos de produção e o valor nominal das notas, a sua fonte reside, por um lado, nos juros que os bancos centrais cobram aos bancos pela concessão de crédito (de que estes podem precisar para a aquisição das notas), e por outro lado, na poupança de juros permitida pela redução das reservas dos bancos (uma vez que, tal como sucede com as moedas, à dispensa de notas aos bancos é inerente o débito, no mesmo valor, nas suas contas de reservas)⁸⁰.

O agregado composto pelas reservas bancárias, pelas moedas e notas constitui a chamada *base monetária* (“monetary base” ou “base money”)⁸¹.

⁸⁰ Timm Gudehus, *Geldordnung, Geldschöpfung und Staatsfinanzierung*, pp. 6-8. Segundo o disposto no art. 32.º dos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu, os lucros (“proventos monetários”) obtidos pelo conjunto dos bancos centrais nacionais são repartidos entre eles segundo o critério da sua participação no capital do BCE (“capital key”). Os Estados membros, por seu turno, beneficiam desses “proventos monetários” (que incluem a senhoriagem ligada à emissão de notas) na medida da sua participação no capital do respectivo banco nacional.

⁸¹ Ver o “Glossary” do BCE, <https://www.ecb.europa.eu/home/glossary/html/glossb.en.html#461>

3.2.2.4. O “curso legal” das moedas e das notas e a noção civil de “obrigação pecuniária”

Nos termos dos arts. 10.º e 11.º do do Regulamento (CE) n.º 974/98 do Conselho, as moedas cunhadas pelos Estados membros e as notas emitidas pelos bancos centrais nacionais, “serão as únicas (...) com curso legal em todos esses Estados-membros”.

A atribuição de curso legal traduz-se na concessão a estes suportes monetários (notas e moedas) de um estatuto monetário reforçado, que inclui o reconhecimento da sua “função liberatória genérica”, e a “[obrigatoriedade da] sua aceitação (...) para os particulares.”⁸² O credor de uma obrigação monetária (um obrigação cuja prestação é expressa na unidade monetária “euro”) não pode, sob pena de incorrer em mora (*mora creditoris*), recusar o pagamento que o devedor lhe ofereça em notas ou moedas⁸³, sem prejuízo de convenção em contrário⁸⁴.

⁸² Luís Menezes de Leitão, *Direito das Obrigações*, Volume I, 6.ª Edição, Almedina, 2007, p. 155.

⁸³ Ainda que, nos termos do art. 11.º do Regulamento (CE) n.º 974/98 do Conselho, “[à exceção da autoridade emissora e das pessoas especificamente designadas pela legislação nacional do Estado – membro emissor, ninguém poderá ser obrigado a aceitar mais de cinquenta moedas num único pagamento”.

⁸⁴ Não me parece que a atribuição às notas e às moedas da força de curso legal equivalha à adopção de um regime imperativo quanto ao modo de cumprimento das obrigações monetárias. Trata-se, diversamente, de um regime supletivo: se as partes nada estipularem quanto ao suporte monetário em que a dívida há-de ser satisfeita, o pagamento far-se-á em notas ou moedas, não podendo o credor recusá-las. O curso legal das notas e das moedas, por conseguinte, não implica a proibição do pagamento com outros meios, designadamente o depósito bancário (que é, largamente, como veremos adiante, no texto, o suporte monetário mais usado). De resto, como é sabido, os Estados membros aceitam o dinheiro bancário (depósitos) no pagamento dos tributos que lançam e

Tenho, até aqui, usado indiferenciadamente as expressões “obrigação monetária” e “dívida”, evitando a referência às “obrigações pecuniárias”. Fi-lo propositadamente, porque o conceito jurídico-civil de obrigação pecuniária parece de alcance mais curto do que o conceito de obrigação monetária. Este abrange todos os vínculos em que o devedor está adstrito a atribuir ao credor uma certa quantidade de unidades monetárias, através da disponibilização de suportes monetários que as representem e “transportem”, sejam estes quais forem. O critério definidor da obrigação monetária é a unidade monetária, e não o suporte monetário. Já o conceito de obrigação pecuniária pressuposto no regime dos art. 550.º do Código Civil parece cingir-se às obrigações cujo cumprimento se faz *“em moeda que tenha curso legal no País à data em que for efectuado e pelo seu valor nominal, salvo estipulação em contrário”*⁸⁵. Apesar de o legislador, nos arts. 553.º e 554.º, aludir ao *quantitativo expresso em moeda corrente* (locução que nos remete para a unidade monetária), o critério definidor do conceito de obrigação pecuniária é uma certa qualificação dos suportes monetários (a sua força de curso legal). Mais do que isso, o regime das “obrigações de moeda específica” parece repousar numa concepção metalista do dinheiro. No art. 552.º, ao confinar a referência ao “curso forçado” à “nota de banco”, e ao reduzir à “moeda metálica” (ou ao valor dela) o âmbito de admissibilidade das disposições contratuais que elejam um suporte monetário diverso, o legislador revela mesmo algum menosprezo por

das sanções que aplicam.

⁸⁵ A ressalva final parece referir-se ao princípio nominalista e não aos concretos meios de pagamento a prestar (os suportes monetários, na terminologia que adopto no texto).

aquela: ao passo que a “nota de banco” apenas tem poder liberatório porque a lei impõe o seu “curso forçado”⁸⁶, a moeda metálica possui um valor intrínseco que dispensa qualquer auxílio normativo para merecer a aceitação das partes. Numa hermenêutica mais agarrada à letra da lei, o texto do art. 552.º do Código Civil nem sequer exclui a interpretação que lhe confira o sentido de proscrever, no cumprimento das obrigações cuja prestação seja “expressa em moeda corrente”, o uso de outros suportes monetários que não as notas e as moedas.

A consideração global do ordenamento jurídico-monetário desaconselha, porém, um tal fundamentalismo metalista na leitura normativa do preceito. Em primeiro lugar, o art. 550.º ressalva a existência de “estipulação em contrário” (embora não possa, sem mais, excomungar-se a ideia de o alcance da ressalva se restringir ao “princípio nominalista”). Em segundo lugar, e como vimos já⁸⁷, os arts. 10.º e 11.º do Regulamento (CE) n.º 974/98, do Conselho, apontam para uma solução diversa, aberta ao uso de outros suportes monetários para além daqueles que beneficiam do estatuto monetário do curso legal (mas que são os que, na prática, menor uso têm). Finalmente, o próprio legislador, em relevantes e extensos domínios do tráfego jurídico, impõe o uso de um outro suporte monetário: o depósito bancário. É o que, verdadeiramente, acontece com a norma

⁸⁶ A própria ideia do “curso forçado” (que relembra o “cours forcé” das notas do Banco de França decretado por Napoleão, em 1848) anda historicamente associada à suspensão, em período de crise monetária, da convertibilidade das notas de banco no metal correspondente ao valor nominal, segundo a unidade padrão adoptada – ver Michael Bordo/Angela Redish, in *Money in The Western Legal Tradition, Middle Ages to Breton Woods*, Edited by David Fox/ Wolfgang Ernst, Oxford, 2016, p. 598.

⁸⁷ Ver parágrafo anterior e nota de rodapé 84.

do art. 63.º-c) da Lei Geral Tributária:

“1 - Os sujeitos passivos de IRC, bem como os sujeitos passivos de IRS que disponham ou devam dispor de contabilidade organizada, estão obrigados a possuir, pelo menos, uma conta bancária através da qual devem ser, exclusivamente, movimentados os pagamentos e recebimentos respeitantes à actividade empresarial desenvolvida. (...)

3 - Os pagamentos respeitantes a faturas ou documentos equivalentes de valor igual ou superior a (euro) 1000 devem ser efectuados através de meio de pagamento que permita a identificação do respetivo destinatário, designadamente transferência bancária, cheque nominativo ou débito directo.”

O texto legal não deixa dúvidas: dentro do âmbito subjectivo do preceito (sujeitos passivos de IRC e sujeitos passivos de IRS que disponham ou devam dispor de contabilidade organizada), pagamentos superiores a € 1 000,00, têm de ser efectuados com dinheiro bancário (saldos de depósitos de contas bancárias⁸⁸), de modo a permitir a identificação do credor (algo que a portabilidade e o anonimato das notas e das moedas não possibilita). Mais do que o curso legal do dinheiro bancário (que apenas implicaria a ilegitimidade da sua recusa como meio de pagamento), o legislador instituiu, aqui sim, a proibição da utilização de outros suportes monetários, elevando o dinheiro produzido pelos bancos privados (como veremos no ponto seguinte) às alturas de um estatuto que não chega a ser atingido pelo dinheiro produzido pelas entidades públicas com

⁸⁸ A transferência bancária, o débito directo e o cheque são, todos eles, instruções de mobilização dos saldos inscritos em contas bancárias – ver, infra, nota de rodapé 120.

poder de emissão monetária (os Estados membros e os bancos centrais nacionais).

3.2.3. *Suportes monetários emitidos por sujeitos de direito privado: os depósitos bancários criados pelos bancos (ou “dinheiro bancário”)*

3.2.3.1. O conceito de depósito bancário e a importância e a estrutura do acto de inscrição em conta

O “depósito bancário” (que é o dinheiro criado pelos bancos, o dinheiro bancário) é um saldo (positivo) inscrito numa conta bancária, expresso numa quantidade de unidades monetárias (x euros), que integra o activo do titular da conta (cliente do banco) e o passivo do banco. Um saldo de uma conta bancária é, portanto, uma obrigação monetária do banco, cujo credor é o titular da conta⁸⁹. Repetem-se, aqui, os traços estruturais já identificados nos saldos das contas de reservas nos bancos centrais: trata-se de uma obrigação monetária que, directa e imediatamente, é criada e modificada pela inscrição magnética (gravação de traços magnéticos em disco rígido) em conta (“*keystroking money*”) de acréscimos (“movimentos

⁸⁹ Michael McLeay/Amar Radia/Ryland Thomas, Money creation in the modern economy, Quaterly Bulletin, 2014 Q1, Bank of England, p.3, Joseph Huber, , Monetäre Modernisierung, Zur Zukunft der Geldordnung:Vollgeld und Monetative , ob. cit., pp. 11 e ss.



a crédito”) e subtracções (“movimentos a débito”)⁹⁰. A conta é o conjunto dessas inscrições (“*book-entries*”) e o saldo o resultado, em cada momento, das respectivas variações quantitativas. O saldo é, portanto, a quantidade de unidades monetárias “disponíveis”⁹¹, em cada momento, na conta. A quantidade do objecto da obrigação monetária do banco em relação ao seu cliente vai variando em função das inscrições feitas na conta.

Tal como observámos já a respeito das reservas, o *facto jurídico*⁹² radicalmente constitutivo da específica obrigação monetária em que consiste o depósito é o *acto escritural* (materialmente consistente na gravação magnética – ainda que esta seja depois reproduzida em caracteres alfanuméricos), necessariamente praticado pelo banco, da *inscrição em conta*. O que gera a obrigação monetária (o depósito bancário) é o *acto escritural* da inscrição (que será, quase sempre, um acto “devido”, por força das relações jurídicas conexas à relação de depósito⁹³).

Também aqui, à semelhança do que acontece com as reservas nos bancos centrais, assoma, em plenitude, a na-

⁹⁰ Dieter Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 17. Auflage, C.H. Beck, 2006, p. 71, define assim o dinheiro escritural bancário (“*Buchgeld*”): “Dieses besteht aus Bankguthaben, also aus Forderungen gegen Banken”.

⁹¹ Estarem as unidades monetárias “disponíveis” apenas significa a correspondente inscrição, magneticamente gravada, e nada mais do que isso. Não existe nada para lá da inscrição; a unidade monetária existe porque inscrita, e enquanto inscrita.

⁹² Fica para outra oportunidade o aprofundamento da questão de saber de que tipo de *facto jurídico* se trata, ainda que não repugne, *prima facie*, acomodá-lo nos quadros do negócio jurídico unilateral. Sobre a questão, especificamente a respeito do “movimento a crédito” (“*Gutschrift*”), dando notícia de teses “unilateralistas” e “contratualistas” (expressões minhas), ver Stephan Meder, *Gutschrift*, in *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2. Auflage, Peter Darleder/Kai-Oliver Knops/Heinz Georg Bamberger, Springer, 2009, p. 1277.

⁹³ Ver, *infra*, ponto 3.2.3.6.

tureza linguístico-institucional do dinheiro: o saldo em conta (e a obrigação monetária que lhe é inerente) emerge de actos escriturais, praticados pelo banco depositário, de inscrição de variações (aumentos e diminuições) na quantidade de unidades monetárias. O depósito bancário é “dinheiro” (no sentido de ser suporte monetário capaz de extinguir obrigações monetárias expressas na mesma unidade monetária) porque o saldo em que ele consiste resulta de uma inscrição em conta operada por um sujeito a que a ordem jurídica reconhece o poder de, por meio dessa inscrição, criar e “destruir” dinheiro (quando, respectivamente, aumenta e diminui o saldo)⁹⁴. Também os bancos, por conseguinte, têm o poder de criar dinheiro *ex nihilo* (“*out of nothing*” ou “*out of thin air*”, “*fountain pen money*”)⁹⁵. São variadas

⁹⁴ Não há, é certo, uma específica norma que reconheça aos bancos o poder de criar dinheiro pela via da criação de depósitos – ao invés do que sucede com a outorga, aos Estados membros e aos bancos centrais, do exclusivo da emissão de moedas e notas, respectivamente. Todavia, considerada no seu todo, tem de concluir-se que a ordem jurídica autoriza os bancos a fazê-lo (ou, pelo menos, tolera que o façam), pois só assim se pode compreender que os Estados membros aceitem o dinheiro bancário como meio de pagamento dos tributos e que o legislador chegue mesmo a impor a sua utilização em largos domínios da vida económica (ver, supra, 3.2.2.4.).

⁹⁵ Um poder que não é de pouca importância uma vez que a maior parte do dinheiro existente é, de longe, constituída por depósitos bancários. Em 31 de Agosto de 2016, segundo dados estatísticos disponibilizados pelo Banco de Portugal, apenas cerca de 9,5% (equivalente a 1 063 094 milhões de euros) da massa monetária global (M3), que montava a 11 213 346 milhões de euros, era constituída por dinheiro emitido pelos Estados membros (moedas) e pelos bancos centrais (notas). A maior fatia do “bolo” monetário global cabe aos depósitos à ordem (criados pelos bancos), que representam cerca de 62,07% (o correspondente a 5 897 625 milhões de euros). Segundo o “glossary” do BCE: o agregado monetário M1 (“narrow aggregate”) abrange as moedas e notas em circulação e os depósitos à ordem (“overnight deposits”): o agregado M2 (“intermediate aggregate”) inclui M1, depósitos a prazo até 2 anos e depósitos com pré-aviso até 3 meses; o agregado M3 (“broad aggregate”) abrange M2, acordos de recompra e diversos instrumentos de dívida com maturidade até 2 anos (<https://www.ecb.europa.eu/home/glossary/html/glossm.en.html>).



as circunstâncias em que, por meio da constituição de depósitos (por meio, leia-se, de inscrições em conta materializadas na gravação de traços em suportes magnéticos), se dá a criação de dinheiro pelos bancos. Um banco cria dinheiro *ex nihilo*: quando lança na conta de depósito do seu funcionário o valor correspondente ao seu salário; quando lança na conta do vendedor a quem comprou o edifício para a sua nova sede o valor correspondente ao preço convencional; quando lança na conta do seu cliente o valor correspondente ao valor que lhe “empresta”; quando lança na conta do seu cliente o valor “transferido” da conta de um outro cliente bancário; e quando lança na conta do seu cliente o valor correspondente às notas ou moedas que este (no quadro, aqui sim, de um contrato de *real quoad constitutionem*, mas não necessariamente de um contrato de depósito



– ver, *infra*, ponto 3.2.3.5.) Ihe tenha entregue^{96 97 98}.

⁹⁶ Horst Seiffert, ob. cit., pp. 29 e ss.

⁹⁷ Apesar da inexistência de barreiras *normativas*, há decerto circunstâncias que tem o efeito de moderar e constringer os bancos na criação de dinheiro (através da criação de depósitos, sobretudo por via da concessão de crédito), impedindo o aumento desvairado da massa monetária global (ainda que não de modo a evitar as “bolhas” expansionistas que ciclicamente afectam a economia, logo seguidas, após o rebotamento, de períodos de contracção anémica). Trata-se, por um lado, de limites impostos pelo próprio mercado e pelo jogo da concorrência entre bancos; e, por outro, lado, de limites resultantes de decisões de política monetária e de supervisão bancária prudencial. Quanto aos primeiros, destaca-se, desde logo, a existência de interessados “credíveis” (em termos de avaliação de risco) em recorrer ao crédito bancário, uma vez que os bancos não podem “emprestar” se não houver empresas e indivíduos disponíveis para solicitar empréstimos. Por outro lado, quando os depósitos criados sejam “transferidos” para outros bancos (quando, por exemplo, o “mutuário” use o crédito inscrito na sua conta para pagar bens fornecidos por uma empresa que tenha conta noutra banco) – e a probabilidade de tal suceder é tanto maior quanto menor for a dimensão e a quota de mercado do banco do “mutuário” –, isso aumenta a necessidade de reservas excedentárias na sua conta no banco central, de modo a cumprir as suas obrigações no plano das relações interbancárias. Quanto aos limites político-monetários e prudenciais, são de realçar as decisões que estabelecem taxas de juro para o crédito concedido pelos bancos centrais nacionais (que, naturalmente, têm influência nos custos inerentes à criação de depósitos – na medida em que estes determinem a necessidade de “reservas de pagamento adicionais) e que determinam rácios mínimos entre os activos detidos pelos bancos (designadamente os que consistem nos créditos à “restituição” do crédito concedido) e o capital. Sobre a matéria dos limites à criação de dinheiro (quer dizer, à criação de depósitos) pelos bancos, ver Michael McLeay/Amar Radia/Ryland Thomas, *Money creation in the modern economy*, loc. cit., pp. 4-8, e Horst Seiffert, ob. cit., pp. 75-85.

⁹⁸ A actual configuração dos sistemas monetários, em que cerca de 90% do dinheiro existente é produzido pelos bancos através da criação escritural, ex *nihilo*, de depósitos bancários, tem sido sujeita a críticas severas, provenientes de diferentes quadrantes ideológicos, sociais e teóricos, desde representantes da “escola austríaca” (é o caso de Jesús Huerta de Soto, *Money, Bank Credit, and Economic Cycles*, Auburn, 2009, AL: Ludwig von Mises Institute, capítulos 1–2) às ONGs “Positive Money” (<http://positivemoney.org/>), na Inglaterra, e “Monetative” (<http://www.monetative.de/>), na Alemanha. Para além de suscitarem a questão da legitimidade social e político-constitucional da atribuição aos bancos da prerrogativa de criação monetária (e da questão, de justiça social, da alocação dos lucros da senhoriação), os actuais sistemas monetários, que assentam no modelo da ban-

Porque, no léxico jurídico (e na cultura dos juristas), a

ca de “reserva fracionária” (ver, no texto, o ponto 3.2.3.4), são responsabilizados pelo descontrolo da quantidade de dinheiro, pela recorrente sucessão de ciclos económicos em que a períodos de sobreaquecimento se seguem períodos de arrefecimento e contracção, e por crises de sobreendividamento, privado e público – Joseph Huber, *Monetäre Modernisierung, Zur Zukunft der Geldordnung:Vollgeld und Monetative*, pp. 67 e ss., e Adair Turner, *Between Debt and the Devil, Money, Credit, and Fixing Global Finance*, Princeton University Press, 2015, pp. 49 e ss.

Não faltam, por isso, propostas de alteração dos sistemas monetários, que, apesar de germinarem no solo comum da reprovação da regalia bancária de criação escritural de dinheiro, divergem acentuadamente no sentido e operacionalidade das reformas que advogam (divergências que reproduzem as diferenças ideológicas e teóricas que distinguem e separam os seus autores). É possível, ainda assim, arrumá-las em dois grupos, em função do grau de ruptura com a estrutura típica dos actuais sistemas monetários, caracterizada pelo seu desdobramento em três níveis (“periférico”, “intermédio” e “central” – ver, supra, ponto 3.2.1.); por um lado, o grupo das propostas por um lado, o grupo das propostas que, mantendo o essencial dessa estrutura, incluindo o poder de criação monetária dos bancos, apontam para um regime de reserva de 100%; por outro lado, o grupo das propostas que propugnam a eliminação radical da prerrogativa bancária de criação de dinheiro, que passaria a ser privilégio estatal [embora objecto de um (quarto) poder soberano autónomo (*Monetative*), o poder monetário (*Monetative*), que se acrescentaria aos três poderes já existentes nas estruturas político-constitucionais – Joseph Huber, *Monetäre Modernisierung, Zur Zukunft der Geldordnung:Vollgeld und Monetative*, p. 102]. Dentro do primeiro grupo, a proposta mais conhecida e emblemática é o “Chicago Plan” (“Plan 100%-Banking), da autoria de um conjunto de economistas de Chicago, incluindo Viner, Simons, Knight e M. Friedman, apresentado em 1933, na ressaca da grande recessão, frequentemente identificado com a versão de I. Fisher, de 1935 (“100%-money”) – Jaromir Bennes/Michael Kumhof, *The Chicago Plan Revisited*, loc. cit., pp. 4 e 12 e ss., e Joseph Huber, *The Chicago Plan (100% Reserve) and Plain Sovereign Money*, pp. 2-4 (<http://www.sovereignmoney.eu/>). Apesar das diferenças em aspectos de detalhe operacional, há uma ideia comum que atravessa todas as propostas de reforma monetária incluídas neste grupo: os depósitos criados pelos bancos (o dinheiro escritural bancário) devem ser suportados (“backed up”), a 100%, por dinheiro (no sentido de “suportes monetários”) emitido pelo banco central, proibindo-se a actual “reserva fracionária”; a cada unidade monetária criada por um banco na forma de inscrição em conta bancária teria de corresponder uma unidade monetária na forma de inscrição na conta de reservas desse banco no banco central.

As propostas de reforma monetária integráveis no segundo grupo partilham duas ideias fundamentais. Em primeiro lugar, a prerrogativa de criação de dinheiro escritural, *ex nihilo*, seria exclusivamente reservada aos bancos centrais

palavra “depósito” tem uma forte denotação “realista” (que

(passando a ter o mesmo estatuto dos outros suportes monetários, as notas e as moedas), retirando-se aos bancos o poder de produção de dinheiro escritural de que actualmente dispõem: os bancos centrais deixariam de ser meros *lenders of last resort* e passariam a assumir a função de *issuers of first instance* (Joseph Huber, *Monetäre Modernisierung, Zur Zukunft der Geldordnung:Vollgeld und Monetative*, p. 103, e Andrew Jackson/Bill Dyson, *Modernising Money, Why Monetary System Is Broken and It Can Be Fixed*, 2012, *Positive Money*, Capítulo 6). Em segundo lugar, modificar-se-ia também a fisionomia jurídica do dinheiro escritural (a emitir exclusivamente pelos bancos centrais): em lugar de ser, como sucede actualmente, um registo de dívida (de uma específica obrigação monetária), que integra o passivo dos bancos, transformar-se-ia num objecto monetário estruturalmente idêntico às notas e às moedas, das quais apenas se diferenciaria por força da sua particular materialidade: traços magnéticos em disco de computador. Tratar-se-ia de “dinheiro pleno” (“*Vollgeld*”), cuja criação não envolveria o surgimento de dívida (“*debt-free money*”). Os saldos das contas bancárias deixariam de constituir dívidas dos bancos, passando a designar unidades monetárias *realmente* (no sentido mais genuinamente jurídico-real do termo) pertencentes aos respectivos titulares, que delas seriam proprietários (“*Geldkonten*”). Tratar-se-ia, em bom rigor, da absoluta reconciliação da palavra “depósito”, no seu sentido mais visceralmente *real* (um depósito “regular”, e não apenas “irregular”), com a realidade monetária: as unidades monetárias, representadas em traços magnéticos, pertenceriam plenamente ao titular da conta, não se confundindo no património do banco, que teria efectivamente de guardá-las, sem prejuízo de um verdadeiro empréstimo que o cliente lhe concedesse. Num sistema monetário com esta configuração, em caso de insolvência de um banco, os depositantes, por definição, estariam protegidos, sem necessidade de qualquer “fundo de garantia de depósitos”, dado que, em vez de credores do banco, seriam verdadeiros proprietários do dinheiro depositado. Sobre as variantes operacionais das “*Geldkonten*” (incluindo a hipótese, mais radical, de acesso do público à abertura de contas nos bancos centrais, ver Joseph Huber, *Monetäre Modernisierung, Zur Zukunft der Geldordnung:Vollgeld und Monetative*, p. 105 e ss). Incluem-se neste grupo, as propostas de reforma monetária das ONGs “*Positive Money*” (<http://positivemoney.org/>), na Inglaterra, “*Monetative*” (<http://www.monetative.de/>), na Alemanha, e “*Vollgeld Initiative*” (<http://www.vollgeld-initiative.ch/>), na Suíça, que desencadeou um processo de referendo que visa alterar a Constituição Federal, de modo a reservar à Confederação o poder de criação de todos os suportes monetários (“*Elle seule émet de la monnaie, des billets de banque et de la monnaie scripturale comme moyens de paiement légaux.*”).

Uma referência final para a posição defendida pelos “representantes” da Escola Austríaca, que não é inteiramente reconduzível a nenhum dos referidos dois grupos de propostas de reforma, ainda que partilhem com elas a crítica aos sistemas de “banca de reserva fracionária”. Para os seguidores de Von Mises, o

imediatamente remete o leitor para a figura do “contrato de depósito”), pode parecer insólito definir o depósito bancário como uma obrigação monetária resultante de um acto puramente escritural de inscrição numa conta de um certo número de unidades monetárias. Mas, sobre ser a que é acolhida e pressuposta pela autoridade que estabelece a política monetária europeia (o BCE)⁹⁹, é essa a compreensão de depósito que se ajusta à sua (única) definição legal. Diz-se, no art. 155.º/4 do RGICSF, com o propósito de demarcar o “objecto” do Fundo de Garantia de Depósitos, que “[se entende] por depósito os saldos credores que, nas condições legais e contratuais aplicáveis, devam ser restituídos pela instituição de crédito e consistam em disponibilidades monetárias existentes numa conta ou que resultem de situações transitórias decorrentes de operações bancárias normais.”¹⁰⁰ A definição legal alberga as duas notas distintas do conceito de depósito que adopto: por um lado, a referência ao “saldo credor” confirma a ideia de o “depósito”

“sistema monetário ideal” assentaria em três pilares: reserva de 100%; abolição dos bancos centrais e de leis que imponham cursos forçados de quaisquer suportes monetários; regresso ao padrão ouro (de que o “euro” seria um “proxy” aceitável, um primeiro passo em direcção à situação ideal), que, entre outras, apresentaria uma vantagem distintiva: “it curbs and limits the arbitrary decisions of politicians and authorities” – Jesús Huerta de Soto, *An Austrian Defense of the Euro*, 2012 (<https://mises.org/library/austrian-defense-euro>).

⁹⁹ Ver a nota anterior, quanto à delimitação dos agregados monetários.

¹⁰⁰ Segundo L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Dos Contratos de Depósito Bancário*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VIII, 2011, trata-se da noção de depósito “que é em geral usada pelos economistas”. Assim será; mas isso não lhe retira nem diminui a juridicidade (independentemente da questão metodológica geral do valor das definições legais). Creio mesmo que o facto de ser esta a noção relevante para balizar o âmbito protector do Fundo de Garantia de Depósitos (um pilar essencial da confiança no sistema bancário) lhe confere uma especial força normativa e um acrescido valor simbólico.

ser uma relação jurídica obrigacional (e não um contrato: um *efeito* e não um *facto jurídico*); por outro lado, a incorporação da “conta” na definição atesta a essencialidade do momento escritural no surgimento do depósito bancário (da obrigação monetária e que ele estruturalmente consiste). A compreensão do depósito bancário como relação obrigacional (como específica obrigação monetária) está também pressuposta no regime processual civil da “penhora de depósitos bancários” (art. 780.º do Código de Processo Civil), que, sistematicamente incluído na “subsecção” relativa à penhora de direitos, se centra no “bloqueio” do “saldo existente”. Também no art. 1680.º do Código Civil o legislador trata o os “depósitos bancários” como grandezas contabilísticas “movimentáveis”.

A noção de “*conta de depósito bancário*”, constante do art. 2.º/7 do Aviso n.º5/2013, do Banco de Portugal, corrobora, creio, o que venho defendendo: “*conta de depósito bancário*” é “*qualquer conta bancária aberta para constituição [sublinhado meu] de uma das modalidades de depósito previstas no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 430/91, de 2 de novembro*”¹⁰¹.

¹⁰¹ A escolha do momento de exigibilidade da obrigação do banco como critério distintivo das várias “modalidades” de depósito bancário enunciadas no diploma referido no texto (depósitos à ordem, com pré-aviso, a prazo e a prazo não mobilizáveis antecipadamente) reforça a comprovação da natureza obrigacional-escritural do depósito bancário. Sobre a caracterização dessas modalidades de depósito, ver L. Miguel Pestana de Vasconcelos, loc. cit., pp. 161 e ss. Os depósitos a prazo e com pré-aviso são jurídico-estruturalmente idênticos aos depósitos à ordem: ambos consistem em obrigações monetárias escrituralmente constituídas por inscrição em conta. Os diferentes momentos de exigibilidade que os diferenciam são, todavia, relevantes em sede de política monetária – daí que sejam incluídos em diferentes agregados monetários (M1 ou M2). Os depósitos a prazo (ou, em geral, os depósitos não exigíveis “à ordem” do depositante), dada a sua “imobilização” temporária, não constituem imediatamente dinheiro, embora à medida que se abeire o instante da exigibilidade se aproximem desse estado (“*near money*”).

As definições jurídico-normativas e o glossário adoptado pelas autoridades de política monetária convergem num ponto: há uma relação de implicação recíproca entre o *depósito bancário* e a *conta de depósito bancário*. Significa isto que sem depósito não há conta de depósito e que, sem esta, não é possível a existência daquele. Repisando: o depósito é um saldo inscrito em conta (e só o é se e na medida em que estiver nela inscrito); a conta é aberta para a *constituição*, por via de uma *inscrição*, do depósito¹⁰².

Fernando Conceição Nunes distingue entre *inscrições* (em conta) *declarativas* e *inscrições constitutivas*¹⁰³. Segundo o autor, seriam *meramente declarativas* as inscrições que apenas “representam” as “operações” que lhes “[dão] origem (...) tais como o pagamento de um cheque e o depósito de numerário”. *Constitutivas* seriam as inscrições que “consustancia[m]

¹⁰² O que significa, também, que os juristas, se quiserem verdadeiramente que as suas construções dogmáticas se adequem aos dados normativos, à realidade do sistema monetário e aos conceitos de que se servem as autoridades de política monetária, terão de alijar da mente a sinonímia entre *depósito bancário* e *contrato de depósito bancário*, por muita áspera que seja a censura que mereçam o legislador e os economistas pelo facto de terem usado uma palavra (depósito) que (para os juristas) sempre respeitou a coisa diversa. O direito do dinheiro e o direito bancário (este com particular intensidade) estão repletos de palavras e expressões enganadoras, que promovem uma compreensão errada do sistema monetário – palavras e expressões que retratam uma realidade que deixou de o ser há séculos (a realidade dos sistemas monetários baseados em padrões metálicos e do privilégio estadual da produção dos suportes monetários). O legislador e os economistas, parasitando-as, usam palavras velhas que disfarçam sentidos novos; os juristas parece insistirem em tomá-las com os sentidos velhos, cerrando os olhos à realidade nova (a realidade de um sistema monetário “desmetalizado”, em que os principais produtores dos suportes monetários – digamo-lo mais crua-mente: os produtores de dinheiro – são os bancos).

¹⁰³ Fernando Conceição Nunes, *Depósito e Conta*, Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Teles, Volume II, Direito Bancário, Almedina, 2002, p.80.

em si própria[s] uma entrega ou restituição de fundos”, como sucede na hipótese do “crédito em conta através do qual o depositário paga o salário de um empregado, também seu depositante”. Não creio que a distinção proceda. Todas as inscrições em conta são estruturalmente *constitutivas*, porque é por força delas que se produz o efeito de criação, modificação (variações quantitativas de acréscimo ou diminuição) ou extinção da obrigação monetária em que consiste o depósito bancário. Nos exemplos de inscrições meramente declarativas referidos por Fernando Conceição Nunes, o depósito bancário (enquanto obrigação monetária do banco manifestada no saldo em conta) não é afectado pelas “operações” subjacentes de “depósito de numerário” ou “pagamento” de um cheque. Para que a obrigação monetária do banco se altere em conformidade com tais “operações” é indispensável que se lhe siga um acto escritural de *inscrição* em conta: sem esta, aquela fica incólume, não se alterando a quantidade de dinheiro escritural à disposição do titular da conta. Com a simples entrega de “numerário” ao banco, este, em consequência do contrato real assim celebrado, ficará obrigado à restituição do *tantundem*; mas, sem a inscrição, a crédito, desse valor, o saldo da conta não se altera – e não se altera, portanto, a quantidade de unidades monetárias disponíveis para a realização de pagamentos no giro bancário. Donde, e ainda que seja obrigacionalmente devida, a inscrição não se limita, nunca, a apenas *declarar* um efeito já produzido por outro facto: dela depende sempre a produção desse efeito.

Não se justificando no plano da eficácia jurídica, tem utilidade uma distinção político-monetária entre *inscrições* em

conta, segundo o critério do seu efeito na massa monetária global: há, por um lado, inscrições em conta de depósito bancário que, em termos absolutos, aumentam a massa monetária global, e há, por outro lado, inscrições que apenas produzem realocações das unidades monetárias, não afectando a sua quantidade global. Há aumento absoluto da quantidade de dinheiro (aumento da massa monetária global): quando o banco inscreve na conta do seu cliente, a crédito, a quantia que lhe empresta¹⁰⁴; quando credita na conta do seu funcionário o respectivo salário e na conta do vendedor o preço do imóvel que lhe comprou. Há apenas realocação de unidades monetárias (sem acréscimo da massa monetária global): quando o banco credita na conta do seu cliente o valor “transferido” por outra pessoa; e quando credita o valor representado pelas moedas ou notas entregues

3.2.3.2. A conta de depósito bancário não funciona como uma conta associada a um contrato de conta corrente

A referência ao *saldo* e aos movimentos *a crédito* e *a débito* arrastam-nos quase inexoravelmente para o terreno do contrato (comercial) de conta corrente, para a ideia de que

¹⁰⁴ A maior parte dos depósitos bancários (no sentido, insiste-se, de crédito registado em conta bancária) – isto é, a maior parte do dinheiro bancário (que, por sua vez, constitui a maior parte da massa monetária global) – é constituída por esta via: através do lançamento em conta das quantias “emprestadas” pelos bancos (“loans make deposits, not the reverse”). Sobre o ponto, ver Michael McLeay/Amar Radia/Ryland Thomas, *Money creation in the modern economy*, loc. cit., pp. 2-4., e Joseph Huber, *Monetäre Modernisierung, Zur Zukunft der Geldordnung: Vollgeld und Monetative*, pp. 21 e ss.

à conta de depósito bancário subjaz um contrato ajustável ao molde típico do art. 344.º e ss do Código Comercial, segundo o qual “[se dá] contrato de conta corrente todas as vezes que duas pessoas, tendo de entregar valores uma à outra, se obrigam a transformar os seus créditos em artigos de «deve» e «há-de haver», de sorte que só o saldo final resultante da sua liquidação seja exigível”.¹⁰⁵ Em “linguagem actual”, “pode definir-se” o contrato de contrato de conta corrente como aquele “pelo qual uma das partes ou ambas se obriga(m) a inscrever em conta corrente os créditos e os débitos provenientes dos futuros negócios que venham a realizar, de tal modo que só o saldo credor de uma delas seja exigível com o fecho da conta”¹⁰⁶.

Não acompanho a tese que reconduz o funcionamento da conta de depósito bancário ao contrato de conta corrente mercantil¹⁰⁷, nem sequer na versão mitigada de um contra-

¹⁰⁵ Neste sentido, Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos IV, Funções, Circunstâncias, Interpretação*, Almedina, 2014, p. 39, e *Contrato Bancário Geral e Depósito Bancário*, in *Direito Bancário*, CEJ, Ebook, 2015, pp. 26 e ss, onde o autor afirma que o “contrato bancário geral é um contrato em conta corrente”. Para outros autores, como António Pedro Ferreira, *Direito Bancário, Quid Juris*, Lisboa, 2005, pp. 567 e ss., que rejeitam tanto a tese de que se trata de um “simplex método de gestão contabilística”, como a “figura de uma construção unitária da conta corrente”, deve fazer-se “uma distinção clara entre o contrato de conta corrente e a conta corrente bancária”.

¹⁰⁶ Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos IV, Funções, Circunstâncias, Interpretação*, Almedina, 2014, p. 39.

¹⁰⁷ Carlos Ferreira de Almeida (*Contrato Bancário Geral e Depósito Bancário*. Loc. cit., p. 26) não se refere, é certo, à “conta de depósito bancário”. O que o autor afirma é que o “contrato bancário geral é contrato em conta corrente, isto é, executado através de um registo contabilístico, onde se inscrevem cronologicamente créditos e débitos e que revela o saldo da posição do cliente.” Mas, se não interpreto mal, quando alude ao “registo contabilístico, onde se inscrevem cronologicamente créditos e débitos e que revela o saldo da posição do cliente”, é a “conta de depósito bancário” que denota – aquela conta em que o saldo é permanentemente exigível pelo cliente do banco; aquela conta que mui-

to de conta corrente especial (ou “atípico”), distinto da matriz geral do art. 344.º do Código Comercial. Dizendo-o com mais exactidão: entendo que o modo de funcionamento (de “movimentação”) da conta de depósito bancário não corresponde à execução (ou ao cumprimento) de um verdadeiro contrato de conta corrente mercantil¹⁰⁸. Não sendo o funcionamento da conta de depósito bancário objecto de específica regulação legal – assim como não o é o contrato que inaugura a relacionamento jurídico entre o banco e o seu cliente (chama-se-lhe “contrato bancário geral” ou “contrato de abertura de conta”) – o meu ponto de referência é constituído pelas práticas comuns e generalizadas entre os bancos, espelhadas nas “condições gerais” que predispõem (e impõem) aos seus clientes.

Há logo um primeiro aspecto em que se evidencia a irreductibilidade da conta de depósito bancário à moldura conceitual da conta corrente: enquanto que nesta apenas estão em causa relações jurídicas (aquelas a que pertencem os créditos transformados em “artigos” da conta) entre as partes (do contrato de conta corrente), naquela as inscrições (os movimentos a crédito e a débito) são também originadas por relações jurídicas que envolvem terceiros (as relações entre o titular da conta e aqueles a quem faz e de quem recebe pagamentos e, tam-

tas das “condições gerais de abertura de conta” (ou “condições gerais de contas e depósitos à ordem”) elaboradas pelos bancos operadores no mercado nacional denominam “conta de depósito à ordem”.

¹⁰⁸ Dizer isto não significa excluir, em absoluto, a possibilidade de entre o banco e o cliente ser concluído um verdadeiro e próprio contrato de conta corrente; apenas significa, mais simplesmente, que o mecanismo da conta de depósito bancário (em particular a conta de depósito à ordem, caracterizada pela permanente disponibilidade do saldo) não tem as características da “conta” necessariamente associada a um contrato de conta corrente.

bém, as relações interbancárias que se desenvolvem no interior dos sistemas de pagamentos).

A conta de depósito bancário (sobretudo se se tomar por referência a conta de depósito à ordem), por outro lado, nem sequer abrange todas as relações entre o banco e o seu cliente. Não só porque este pode ser titular de mais do que uma conta de depósito (à ordem ou a prazo), mas também porque pode haver outras contas (que operam segundo o “maquinismo” típico da movimentação a crédito e a débito) que não são de depósito, como sucede com as contas ligadas a empréstimos concedidos pelo banco ao seu cliente (em que é registado o capital inicial e as amortizações subsequentes).

Um dos traços distintivos da conta corrente mercantil (*rectius*, da movimentação, a crédito e a débito, de uma conta que seja instrumento de execução de um certo contrato de conta corrente) é a “transformação” da “entrega” de uma das partes num lançamento a crédito: a parte que faz a entrega é “creditada” pelo respectivo valor e a outra é debitada. Segundo este procedimento contabilístico, seria natural, quando um banco empresta dinheiro ao seu cliente (excluindo a hipótese do “descoberto em conta”), que a “entrega” dos “fundos” lhe fosse creditada na conta de depósito (e, simetricamente, debitada ao seu cliente)¹⁰⁹. Mas o que sucede é exactamente o contrário: os “fundos emprestados” são creditados na conta de depósito à ordem do cliente (e correspondem, realmente, a uma obrigação monetária do banco) – embora, paralelamente, seja criada uma (outra) conta (que não é uma conta de de-

¹⁰⁹ Sobre o sentido dos lançamentos, a crédito e a débito, na conta corrente mercantil, ver Pedro Pais Vasconcelos, *Direito Comercial, Volume I, Parte Geral, Contratos Mercantis, Títulos de Crédito*, Almedina, 2011, p. 200.



pósito) onde vão sendo deduzidas as amortizações realizadas.

Ao invés do que sucederia numa verdadeira conta corrente, as quantias debitadas ao titular da conta, por sua vez, não correspondem a “entregas” do banco. O exemplo mais flagrante disto mesmo é o do débito do valor duma prestação de reembolso (e juros) no âmbito de um contrato de crédito à habitação: o banco não “entrega” nada ao cliente; este é que lhe “entrega” o valor da prestação, cumprindo uma parte da sua obrigação. Quando o cliente “transfere” uma quantia para a conta de um terceiro, que é debitada na sua conta de depósito, não se verifica, também, nenhuma “entrega” do banco. O banco, ao debitar a conta do cliente está apenas a inscrever um movimento que corresponde ao cumprimento (e correspondente extinção) da sua obrigação monetária, no contexto da relação do “giro” bancário.

As reduções do “saldo” da conta de depósito, diferentemente do que sucederia num autêntica conta corrente, não resultam da compensação dos créditos do cliente com os créditos do banco: advêm, sim, do cumprimento (em regra, parcial), pelo banco, da sua obrigação monetária.¹¹⁰ Quando a conta é debitada, o banco não entrega nada para ser levado

¹¹⁰ Pode falar-se em compensação quando o banco, por exemplo, debita na conta do cliente a prestação de reembolso do empréstimo: o crédito do banco à prestação de reembolso é extinto por contrapartida da extinção em igual montante do crédito do cliente à “restituição” do depósito. Todavia, esta compensação não opera dentro da conta, mas fora dela, implicando movimentos em duas contas diferentes (a conta de depósito e a conta associada ao contrato de crédito). Não é, de resto, por acaso, que as “condições gerais” dos contratos de abertura de conta costumam incluir cláusulas especiais de compensação, por força das quais o banco é “autorizado” a “debitar” na conta de depósito quantias que lhe são devidas pelo seu titular – o que mostra que a compensação não opera *no interior* da conta de depósito, mas por força de uma estipulação especial que lhe é *exterior*.

a crédito (o banco não está a conceder crédito ao cliente – como é próprio da função económica de uma genuína conta corrente mercantil); está, diferentemente, a cumprir a obrigação monetária que o liga ao titular da conta.

O único caso em que um movimento a crédito na conta de depósito bancário tem a sua origem numa lúdima entrega do cliente é aquele em que este confia “realmente” notas ou moedas. Mas, mesmo aqui, o *modus operandi* da conta de depósito não se assemelha ao de uma conta corrente. Se fosse o caso de esta se dar, a obrigação de restituição da quantia entregue extinguir-se-ia, por novação, no momento do cálculo do saldo – mas só neste momento¹¹¹ (ainda que este possa ser “continuamente apurado”, numa espécie de sucessão ininterrupta de fechos da conta). Tratando-se, porém, de conta de depósito bancário, a inscrição (em “movimento a crédito”) da quantia equivalente ao valor nominal das notas ou moedas entregues *transforma imediatamente* o direito emergente do contrato constituído pela entrega das notas ou das moedas em dinheiro bancário (isto é, em obrigação monetária do banco inscrita na conta de depósito), independentemente do apuramento de qualquer saldo (seja ele periódico ou contínuo)¹¹².

Tudo isto parece confirmar o entendimento de que a conta de depósito bancário não é um mecanismo de actua-

¹¹¹ Sobre o efeito obrigacional novatório que, tal como a compensação, é inerente ao contrato de conta corrente, ver Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos IV, Funções, Circunstâncias, Interpretação*, Almedina, 2014, pp. 41-42.

¹¹² Estipula-se, por exemplo, nas “condições gerais de abertura de conta e prestação de serviços” predispostas pela Caixa Geral de Depósitos, a respeito do depósito de numerário, que o banco “deverá disponibilizar o montante do depósito na conta de referência imediatamente após o momento da receção dos fundos”.

ção de um contrato a que assente o molde típico do contrato de conta corrente mercantil. A conta de depósito é, antes, o *lugar* (puramente magnético-escritural) onde, por meio de actos de inscrição (“movimentos”), se registam os acréscimos e diminuições na quantidade de unidades monetárias que definem a medida da obrigação (monetária) do banco. Mais simplesmente: a conta de depósito regista, a cada momento, a quantidade de dinheiro escritural bancário à disposição do titular da conta¹¹³. E assim se compreende que as “condições gerais” elaboradas por alguns bancos definam “movimentação a crédito” como “entradas de fundos” e “movimentação a débito” “saídas de fundos da conta do titular”¹¹⁴ (e não como registos de créditos ou obrigações da contraparte, para efeitos de apuramento de um saldo resultante de operações de compensação). E assim se compreende, também, a própria ideia de o cliente ser o “titular” da conta (e o correspondente sujeito do específico crédito monetário que ela regista) – relação de *titularidade* que não faz sentido numa pura conta corrente, uma vez que ela desemboca num saldo que é objecto de crédito cujo sujeito activo pode ser tanto um como outro dos correntistas¹¹⁵.

¹¹³ Falar em *dinheiro* significa, aqui, retomando o que se vem repetindo ao longo do texto, denotar um específico *suporte monetário* que se materializa, precisamente, numa obrigação monetária inscrita na conta de depósito.

¹¹⁴ É, entre outros, o caso das “condições gerais de abertura de conta e prestação de serviços” predispostas pela Caixa Geral de Depósitos.

¹¹⁵ Tal como não faz sentido a elaboração, pelo cliente, de uma conta simétrica (ou espelho), a não ser para efeitos de verificação da correcção dos movimentos inscritos pelo banco. É que a conta que o cliente pudesse elaborar nunca teria os mesmos efeitos jurídico-monetários da conta de depósito propriamente dita: não constituiria, nunca, dinheiro escritural, utilizável no giro bancário, assim como seria absolutamente irrelevante para a formação das decisões de política monetária.

3.2.3.3. Criação, circulação e “destruição” do dinheiro bancário

O dinheiro bancário (o depósito bancário, na acepção, normativa e politico-monetariamente adequada, em que uso a expressão) é criado, como se viu já, por meio de actos de inscrição de *signal positivo* (movimentos “a crédito”) em contas de depósito bancário. Sabendo-se que, na origem do dinheiro bancário, acaba sempre por estar sempre uma operação de crédito, dos bancos centrais ou dos bancos (o chamado “mútuo bancário”), o pagamento (e conseqüente extinção) da dívida monetária que daí emerge traduz-se na sua efectiva eliminação ou “destruição”. Suponha-se, por exemplo, simplificando ao máximo, que um banco “empresta” 1000 euros a um cliente, creditando-lhe esse valor na conta de depósito à ordem. No momento em que o crédito é inscrito na conta, é *criado* dinheiro (na quantidade de 1000 unidades de euro); se o cliente, logo a seguir, pagar a dívida, “usando” o crédito inscrito na sua conta (o que se traduz num movimento de *signal negativo*, a débito, na mesma conta de depósito), é “destruído” dinheiro na mesma exacta quantidade. No limite, se todas as operações de crédito bancário que estão na sua origem fossem liquidadas, todo o dinheiro bancário desapareceria (assumido, claro, que, entretanto, não se criasse mais dinheiro escritural através de outras operações de crédito)¹¹⁶.

As notas e as moedas (suportes monetários criados, respectivamente, pelos bancos centrais nacionais e pelos Estados membros) circulam fisicamente através de actos mate-

¹¹⁶ Mira Telekova, How banks create & destroy money, Ob. cit., p. 9.

riais de entrega (independentemente da natureza jurídica desses actos – sejam eles atos de cumprimento de obrigações ou integradores do processo formativo de contratos reais *quoad constitutionem* – e dos direitos que incidam sobre tais objectos monetários). O mesmo não sucede com o dinheiro escritural bancário, cuja circulação se processa através de mecanismos muito peculiares, que (apesar da sua natureza intrinsecamente obrigacional) nem sequer são assimiláveis aos esquemas típicos de transmissão das obrigações, em particular a cessão de créditos. A circulação do dinheiro bancário ocorre sempre que o titular da conta de depósito o utiliza como meio de pagamento propriamente dito, em termos de a operação ser finalizada com a inscrição de um crédito em outra conta bancária de depósito.¹¹⁷ A expressão correntemente usada para denominar o fenómeno da “circulação” do dinheiro bancário é “transferência de fundos”. Expressão que é duplamente equívoca. Por um lado, porque na circulação de dinheiro bancário (e mesmo a palavra “circulação” tem já acentuada carga alegórica) não há nenhuma translação de algo de um lado para o outro, nem sequer nenhuma transmissão de uma posição jurídica de uma esfera jurídica para outra. Por outro lado, porque, se ao termo se der o sentido de referenciar algo para além da própria obrigação monetária em que o dinheiro bancário consiste, não existem propriamente “fundos” (seja isso o que for)¹¹⁸ susceptíveis

¹¹⁷ Excluo, pois, da extensão da noção de “circulação de dinheiro bancário” aqueles casos em que o titular da conta, fazendo um “levantamento” (ou, através de cheque, permitindo que um terceiro o faça), converte o seu crédito em conta, total ou parcialmente, em “objectos monetários” representativos da mesma quantidade de unidades monetárias (isto é, em notas ou moedas).

¹¹⁸ A palavra “fundos” é copiosa e generalizadamente usada, em textos jurídicos (legislativos, contratuais, jurisprudenciais e doutrinários) e não jurídicos refe-

de serem transferidos. Como veremos de seguida, a circulação do dinheiro bancário, que permite pagar dívidas com dívidas, manifesta-se na extinção, parcial ou total, de uma obrigação monetária registada em conta de depósito bancário (é esta específica obrigação monetária que constitui o dinheiro bancário, como venho repetindo) e da correspondente criação (ou aumento) de uma outra obrigação monetária, registada em outra conta de depósito. Não se trata de “transferências”, mas da articulação de fenómenos de criação e extinção de depósitos bancários (leia-se: obrigações monetárias registadas em contas de depósito bancário)¹¹⁹.

rentes ao dinheiro, ficando-se sempre com a impressão de que, com ela, se quer denotar a existência de algo material, susceptível de ser objecto de actos também materiais. Para além da expressividade alegórica que o uso do termo possa oferecer ao discurso, não há realmente, no que ao fenómeno monetário diz respeito, nada que ele possa autonomamente referenciar. Porque, de duas, uma: ou se trata de notas e moedas – caso em que será mais apropriado usar as palavras correspondentes (ou sinónimos mais reveladores, tais como “dinheiro físico” ou “numérico”); ou se trata de depósitos bancários (obrigações monetárias resultantes de inscrições em conta) – caso em que a expressão só serve para confundir, fomentando a representação, errada, de que há algo de corpóreo para além da pura estrutura jurídico-obrigacional em que o dinheiro bancário realmente se esgota e alimentando a ignorância do poder de criação monetária de que os bancos desfrutam. A inespecificidade da noção de “fundos” é confirmada pela definição legal constante do art. 2.º-r) do Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica (aprovado pelo Decreto-Lei nº 242/2012, de 7 de novembro): são “fundos” as “notas de banco e moedas, moeda escritural e moeda eletrónica”. O que significa que o legislador se refere, genérica e indiscriminadamente, a todos os suportes monetários (com excepção, parece, das reservas dos bancos centrais nacionais), embora, no mesmo diploma use profusamente expressões que sugerem tratar-se de uma coisa móvel, como, por exemplo, “envio de fundos”, “recepção de fundos”, “levantamento de fundos” e “transferência de fundos”. Sobre a moeda electrónica, ver, *infra*, no texto, o ponto 5.

¹¹⁹ A este respeito, são expressivas as palavras de Benjamin Geva, “Bank Money”, The Rise, Fall, and Metamorphosis of the “Transferable Deposit”, in *Money in The Western Legal Tradition, Middle Ages to Breton Woods*, Edited by David Fox/Wolfgang Ernst, Oxford, 2016, p. 386: “In the absence of the assignment of the debt

Suponhamos que o cliente A, um consumidor, do banco x pretende pagar um livro adquirido a B, uma livraria, através do sistema multibanco, assim usando, como meio de pagamento, o dinheiro bancário (o saldo) disponível na sua conta de depósito à ordem¹²⁰. E suponhamos, também, que a livraria tem conta de depósito no mesmo banco. O livro custa 50 euros. Nesta hipótese, em que não ocorre nenhuma relação interbancária (“*in-house payment*”), o pagamento do preço com dinheiro bancário concretiza-se nas seguintes modificações jurídico-obri-

owed by the payer’s bank to the payer, the conceptual difficulty in viewing «commercial bank money» as money is based on the fact that receipt of «commercial bank money» is «payment» only from the point it becomes the obligation of the payee’s bank. That is, a banknote that changes hands in payment is still the same banknote, reflecting the original obligation of its issuer, the central bank, to pay the bearer on demand. Conversely, «commercial bank money» is the obligation of the payer’s bank while it is in the payer’s hands; once «transferred» to the payee’s hands, the same amount of «commercial bank money» becomes the obligation the obligation of payee’s bank. Payment in «commercial bank money» thus consists in the transformation of one debt between two parties to another debt between to other parties. That is, the «transfer» is actually not a true transfer; it is not an assignment, but rather it is the extinction (or reduction) of one debt between two parties, and the creation (or increase) of a debt between two other parties. It is this metamorphosis that makes it difficult to view «commercial bank money» as an «object» on its own, in the same way that banknote is viewed. Instead of the «circulation» of «commercial bank money», we have the extinction of one «commercial bank money» debt, and its replacement by another”.

¹²⁰ Os cartões de débito e os cheques não são, em rigor, meios de pagamento, nem sequer “substitutos” de dinheiro – não são, numa palavra, “suportes monetários”. São apenas (tal como as “ordens de transferência” e os “débitos directos”) mecanismos através dos quais o titular de uma conta bancária dirige, ao seu banco, instruções de utilização do seu dinheiro bancário, determinando a sua “transferência” para outra conta bancária. O consumidor que usa o cartão multibanco num POS (*Point of Sale*) não “paga com cartão”: utiliza o cartão para pagar com dinheiro bancário. Os cartões não são dinheiro (não são suportes monetários), mas apenas instrumentos que facilitam o uso do dinheiro bancário. No mesmo sentido, quanto ao cheque sujeito a “depósito” obrigatório (“*Verrechnungsscheck*”), Dieter Medicus, *Schuldrecht I*, ob.cit. p. 71.

gacionais-monetárias: num primeiro momento, a conta de A é debitada em 50 euros, extinguindo-se, nessa medida, a obrigação monetária do banco perante ele; num segundo momento, é creditada a conta de B no mesmo valor de 50 euros, assim se criando uma nova obrigação monetária (ou se aumentando a que já exista)¹²¹. É neste segundo momento (o momento em que a conta do vendedor é creditada) que se finaliza e consuma o pagamento do preço devido pelo comprador, que, assim, se exonera da sua obrigação monetária¹²².

Figuremos agora uma segunda hipótese, mantendo todos os elementos da anterior, excepto um: B, o vendedor, tem conta num banco diferente do banco de A (banco x), o banco y. Acrescente-se que ambos os bancos têm contas no mesmo banco central, o Banco de Portugal, por exemplo. Nesta hipótese, a "circulação" do dinheiro bancário utilizado para A pagar

¹²¹ Poderia aqui, talvez, considerar-se a existência de uma cessão de créditos: A transmitiria o seu crédito em face de x a B, que ocuparia o seu lugar na relação creditória. Não parece, todavia, que haja, nestes pagamentos "in-house", uma relação de mesmidade entre as obrigações do mesmo banco perante clientes diferentes, sujeitos de uma operação de transferência. A obrigação monetária do banco que confere identidade ao depósito bancário (enquanto "dinheiro bancário") tem uma ligação incidível à conta onde se acha registada, não sendo susceptível de "migração" para outra conta: uma verdadeira transmissão do crédito de um cliente para outro exigiria, portanto, a mudança de "titularidade" da própria conta (fenómeno que, evidentemente, nada tem a ver com o fenómeno da chamada "transferência" bancária de "fundos"). Deve ter-se em mente, por outro lado, um aspecto absolutamente essencial na qualificação da hipótese: o movimento a débito na conta do comprador (a que depois se sucede o movimento a crédito na conta do vendedor) exprime um acto de cumprimento (total ou parcial) da obrigação monetária do banco, que a extingue (total ou parcialmente) – o que, logicamente, impede a sua transmissão. É esta mesma ocorrência (a prévia extinção da obrigação do banco perante o comprador, através do débito da sua conta) que impede, também, a verificação de uma novação com substituição do credor (arts. 858.º e 860.º do Código Civil).

¹²² Dieter Medicus, *Schuldrecht I*, ob.cit. p. 72.



o livro a *B* é mais complexa, processando-se através de um “sistema de pagamentos” (“*payment system*”)¹²³ – o SEPA (*Single Euro Payments Area*), por exemplo¹²⁴ –, que envolve relações interbancárias e o uso de dinheiro emitido pelo banco central (*reservas*, que consistem, como vimos já, em saldos *inscritos* nas contas nele abertas por ambos os bancos)¹²⁵. O processo começa com o débito de 50 euros na conta de *A* no banco *x*. Não se segue imediatamente, sem mais, o crédito de tal quantia na conta de *B* no banco *y*. Esta *inscrição* em conta (pela qual se completa o pagamento do preço do livro) é precedida de modificações jurídico-monetárias nas relações entre ambos os bancos. No quadro das regras e acordos interbancários subja-

¹²³ Um “sistema de pagamento” [ou “sistema de transferência interbancária de fundos” – “*interbank funds transfer system*” (IFTS)] é um arranjo interbancário multilateral e reticular (no que se distingue do esquema das relações bilaterais de “correspondência bancária”), suportado em procedimentos standardizados, executados por poderosíssimos sistemas informáticos, regulamentos e contratos, incluindo mecanismos centralizados de compensação de créditos interbancários (operações de “*clearing*” e “*netting*”) e liquidação dos saldos daí resultantes – mecanismos geridos, em regra, pelos bancos centrais. Nos sistemas de pagamento em que os créditos interbancários são liquidados “por bruto, continuamente e em tempo real” (“*Real Time Gross Settlement Systems*” – RTGS), não há, em princípio, operações de compensação nem de apuramento de saldos, uma vez que cada operação dá origem a um pagamento – é o caso do TARGET2 (*Trans-European Automated Real-time Gross settlement Express Transfer system*), que é sobretudo usado para transacções de valor elevado (“*Large Value*”). Sobre os sistemas de pagamento, a sua estrutura, tipologia e o modo de funcionamento, ver European Central Bank, *Payment System, Payments, securities and derivatives, and the role of the eurosystem*, Editor: Tom Kokkola, 2010, disponível em <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/paymentsystem201009en.pdf>.

¹²⁴ Pode encontrar-se informação pormenorizada sobre o SEPA e outros “sistemas de pagamento” (designadamente o SICOI e o TARGET2) no site do Banco de Portugal: <https://www.bportugal.pt/pt-PT/pagamentos/Paginas/inicio.aspx>

¹²⁵ Trata-se, pois, de uma operação que gera alterações jurídicas nos três níveis em que se articula o sistema bancário (ver, supra, ponto 3.2.1.): no nível periférico; no nível intermédio; e no nível central.

centes ao funcionamento do sistema de pagamentos, o banco x, debitando 50 euros na conta de A (reduzindo, nessa medida, o seu passivo), torna-se devedor dessa quantia em face do banco y. Para que este banco (o banco y) credite 50 euros na conta de B (assim aumentando o seu passivo), é preciso que, antes, o banco x lhe pague essa dívida (interbancária), ou, no fim do dia, o saldo apurado, a seu favor, por efeito da compensação ("clearing") entre as "transferências" reciprocamente operadas entre ambos¹²⁶. E como paga o banco x essa dívida ao banco y? Com dinheiro criado pelo banco central nacional (reservas) em que ambos têm contas: o banco central debita 50 euros na conta do banco x e credita a mesma quantidade de unidades monetárias na conta do banco y¹²⁷. Finalmente, rematando o processo, o banco y credita 50 euros na conta de B, que, desse modo, recebe o preço do livro vendido a A.

Consideremos, enfim, uma terceira hipótese, em tudo igual à anterior, afora um aspecto: os dois bancos estão sedeados em Estados diferentes, tendo contas em bancos centrais distintos. Imaginemos que o banco x tem conta no Banco de Portugal e o banco y no Banco de Espanha. Trata-se, assim, de uma "transferência" internacional. O processo de "transferência" inicia-se com o débito de 50 euros na conta de A no banco x. Seguidamente, o Banco de Portugal debita 50 euros na conta

¹²⁶ Se, no período diário de referência, da compensação entre os bancos envolvidos resultar um saldo a favor do banco x, o problema não se coloca, naturalmente, porque o banco que deve creditar a conta do "receptor" da "transferência" é devedor do banco que debita a conta do "originador" da "transferência".

¹²⁷ O passivo do banco central não é alterado: continua devedor de 50 euros, mas agora ao banco y. A quantidade total de reservas também não é alterada, apenas se verificando uma diversa distribuição entre as contas dos bancos implicados no processo de "transferência".

do banco x, creditando o Banco de Espanha, por seu turno, a mesma quantia na conta do banco y, o qual, enfim, culminando o processo, a credita na conta de B, que, desse modo, recebe o preço do livro vendido a A. Como salienta Hans-Werner Sinn, “[h]eurgistically, we may also speak of international money flows, although this is not entirely precise, since the money, in the sense of deposits of commercial banks with their respective central banks, is eliminated in the country from where the payment order originated and created anew in the country of destination”¹²⁸. O que equivale a uma diminuição do “stock” de dinheiro bancário (redução dos saldos nas contas de depósito bancário) e de dinheiro emitido pelo banco central (redução dos saldos nas contas de reservas) do país de origem da “transferência e ao seu simétrico aumento no país de destino”¹²⁹.

As “transferências” entre Estados membros pertencentes ao Eurosistema, em particular as que se processam através do TARGET2 (que são as de valor mais elevado), geram o fenómeno dos chamados “balanços intra-eurosistema” entre o BCE e cada um dos bancos centrais nacionais. Retomando o exemplo anterior, quando o Banco de Portugal debita 50 euros na conta de reservas do banco x (e, supondo, por facilidade de exposição, que tudo o mais permanece igual, sem quaisquer outras alterações nos “stocks” e nos fluxos monetários), nessa medida reduzindo o seu passivo, surge, em contrapartida, uma “responsabilidade” (*rectius*: uma dívida), no mesmo montante, perante o BCE, que aumenta o seu passivo. Simetricamente, o

¹²⁸ Hans-Werner Sinn, *The Euro Trap, On Bursting Bubbles, Budgets, and Beliefs*, Oxford University Press, 2014, p. 181.

¹²⁹ Hans-Werner Sinn, ob. Cit., p. 193.

Banco de España, ao creditar 50 euros na conta de reservas do banco y (aumentando o seu passivo), adquire um crédito de igual montante em face do BCE (aumentando o seu activo). “No fim do dia”, o balanço do Banco de Portugal não aumenta de volume, na medida em que a redução do passivo resultante do débito na conta do banco x é “neutralizada” pelo aumento resultante da correspondente responsabilidade em face do BCE. Já o mesmo não pode dizer-se do balanço do Banco de España, que aumenta, em 50 euros, o seu passivo (crédito inscrito na conta de reservas do banco y) e, na mesma medida, o seu activo (aumento seu crédito “intra-sistema” em face do BCE). Em termos globais, os bancos centrais dos Estados membros que originem mais transferências do que as que recebem acumulam um balanço intra-eurosistema negativo (são devedores líquidos perante o BCE), enquanto que os bancos centrais dos Estados membros que recebem mais transferências do que as que originam acumulam um balanço positivo (credores líquidos em face do BCE)¹³⁰. Não se encontra estabelecida uma data para a liquidação (“settlement”) dos saldos negativos acumulados nos balanços intra-eurosistema pelos bancos centrais nacionais (“*net liability positions*”), ainda que o BCE cobre juros aos bancos centrais com saldos negativos, que depois são redistribuídos pelos bancos centrais com saldos positivos¹³¹.

¹³⁰ Com detalhes contabilísticos, a respeito dos reflexos dos balanços intra-eurosistema nos balanços dos bancos centrais nacionais e do BCE, ver Martin O’Brien, *Understanding the EuroSystem Central Bank Financial Statements*, pp. 74 e ss, e Karl Whelan, *TARGET2 and Central Bank Balance Sheets*, <http://www.karlwhelan.com/Papers/T2Paper-March2013.pdf>. Para um crítica acutilante do mesmo fenómeno, e dos mecanismos de concessão de crédito (e consequente aumento do “stock” monetário) que lhe estão associados, ver Hans-Werner Sinn, ob. Cit., p. 192 e ss.

¹³¹ Karl Whelan, ob. cit., p. 8, e Martin O’Brien, loc. cit., p. 75.



Cada balanço intra-eurosistema é uma espécie de conta corrente permanentemente em aberto (em que os correntistas são o banco central nacional e o BCE), sem data de encerramento prevista, que reflecte o “fluxo dos fundos” que circulam entre sujeitos privados¹³².

3.2.3.4. Dois equívocos a respeito do dinheiro bancário: a ideia de que os bancos trabalham com o nosso dinheiro; e a “old theoretical view” do “multiplicador” de crédito

3.2.3.4.1. É mais ou menos generalizada a ideia, mesmo entre “especialistas” (juristas e não só), de que os bancos “trabalham com o nosso dinheiro”, querendo-se, com isso, dizer que o dinheiro que emprestam é aquele que neles se acha “depositado”, que realizam uma função de “intermediação financeira” entre os aforradores e os que procuram crédito. O caminho percorrido até aqui (sobretudo, a distinção entre os diferentes “suportes monetários”, assim como os correspondentes mecanismos de criação, e a análise dos diferentes “níveis” do sistema bancário) permite-nos concluir que se trata de uma ideia completamente errada¹³³ – tão errada quanto difundida e generalizada.

Desde logo, tem de sublinhar-se que o típico empréstimo bancário (como já se foi adiantando e melhor se explica, *infra*, no ponto 4) não consiste na “entrega” (ao “mutuário”)

¹³² Martin O’Brien, loc. cit., p. 75.

¹³³ Joseph Huber, The Chicago Plan, ob. Cit., p. 5.

de algo (“objectos monetários”) que antes fora confiado ao banco através de um semelhante acto de entrega material de um qualquer “depositante”, gerando ambas as “entregas” (enquanto elementos formativos de contratos reais quanto à sua constituição) obrigações de “restituição”. O típico empréstimo bancário consiste num contrato (um contrato, consensual e obrigacional, de concessão de crédito) que determina o surgimento de duas obrigações monetárias simetricamente interligadas: por um lado, a obrigação monetária do banco em face do “mutuário”, imediatamente constituída através da *inscrição* da quantia emprestada na sua conta de depósito¹³⁴; por outro lado, a obrigação monetária do “mutuário” em face do banco “mutuante”, incluindo capital e juros. Por conseguinte, os bancos não emprestam o dinheiro que “nós” depositamos: os bancos, através de actos escriturais, criam, *ex nihilo*, o dinheiro (saldos em contas de depósito bancário) que emprestam – ou, dizendo de outro modo, criam dinheiro pelo acto de “emprestá-lo” (“*lending money into existence*”).

Em segundo lugar, o depósito bancário, como venho repisando ao longo do texto, não é mais do que uma específica obrigação monetária, que adquire a natureza de “dinheiro” (“*moneyness*”) por efeito do acto de *inscrição* em conta. Parece, óbvio, portanto, que o banco não pode “emprestar” uma dívida (o saldo da conta de depósito) de que é sujeito passivo.

Depois, deve também realçar-se que os chamados “de-

¹³⁴ O contrato de concessão de crédito (condescendamos em chamá-lo “mútuo”) é apenas a *fonte mediata* da obrigação monetária inscrita em conta; a *fonte imediata* é o acto de *inscrição* na conta de depósito (ver, *supra*, ponto 3.2.3.1.). Do contrato de concessão de crédito emergirá, isso sim, a obrigação de praticar o acto de *inscrição* em conta.

pósitos a prazo” não são mais do que obrigações monetárias inscritas em conta temporariamente inexigíveis, uma espécie de dinheiro bancário transitoriamente inerte (“*idle bank liabilities rather than liquid bank assets*”¹³⁵).

Por fim, importa deixar bem claro que os bancos não “emprestam” aos clientes a que concedem crédito as reservas de que dispõem nos bancos centrais nacionais (saldos inscritos nas contas que nestes são titulares)¹³⁶. As reservas, já o sabemos, são uma espécie de dinheiro muito particular, que é exclusivamente usado no circuito fechado das relações interbancárias e das relações entre os bancos e os bancos centrais nacionais (dinheiro que, por conseguinte, não é acessível ao público, estando fora do nível periférico do sistema bancário).

Em suma, os bancos não “trabalham com o nosso dinheiro”; “trabalham”, sobretudo, com o dinheiro escritural que eles próprios criam e, em pequena medida, com o dinheiro es-

¹³⁵ Joseph Huber, *The Chicago Plan*, ob. Cit., p. 5. Isto não significa que os bancos não retirem vantagens da “recepção” de depósitos (tomada a expressão no sentido de serem destinatários de “transferências”, nos termos descritos, *supra*, no texto, no ponto 3.2.3.3.). A “recepção” de depósitos, na medida em que está associada à constituição de reservas nas contas dos bancos centrais, contribui para evitar problemas de liquidez e reforçar a posição dos bancos no mercado interbancário.

¹³⁶ Sobre o ponto, Paul Sheard, *Repeat After Me: Banks Cannot And Do Not “Lend Out” Reserves*, Standard&Poors, 2013, https://www.kreditopferhilfe.net/docs/S_and_P_Repeat_After_Me_8_14_13.pdf.

critural criado pelos bancos centrais – as reservas¹³⁷ ¹³⁸. A actividade bancária nuclear não é, realmente, de intermediação financeira; não consiste em “captar fundos” de quem os tem em excesso (os aforradores) para os “emprestar” a quem deles carece (consumidores e investidores); consiste, radicalmente, na criação e “oferta” de dinheiro em mercado concorrencial¹³⁹.

3.2.3.4.2. Os bancos dispõem de *reservas* (saldos) nas contas abertas nos bancos centrais nacionais: as “reservas mínimas” impostas pelo BCE; e as reservas excedentárias necessárias, sobretudo, para efectuar os pagamentos das dívidas interbancárias emergentes do funcionamento dos sistemas de pagamentos – reservas estas (“as reservas de pagamento”) que, dada a “poupança” permitida pelas operações de compensação interbancária são sempre de expressão reduzidíssima, idêntica à *reserve ratio* das reservas mínimas¹⁴⁰. Segundo a “old

¹³⁷ As notas e as moedas (emitidas, respectivamente, pelos bancos centrais nacionais e pelos Estados membros), que representam uma pequeníssima fracção da massa monetária global (ver, supra, nota de rodapé 95), e cujos custos de transporte e guarda os bancos tentam reduzir o mais possível, pressupõem sempre dinheiro escritural. Por um lado, a sua entrada em circulação implica uma redução nos saldos das reservas; por outro lado, a sua entrega ou levantamento nos bancos, gera aumento ou diminuição dos saldos das contas de depósito (ver, supra, 3.2.1.).

¹³⁸ A ideia de que os bancos “trabalham com o nosso dinheiro” apenas se ajusta a uma realidade arcaica, desaparecida há séculos: a realidade dos sistemas monetários exclusivamente metalistas em que os bancos emprestavam as moedas que, por efeito do *depositum irregulare*, lhes eram confiadas e se “fundiam” no seu património.

¹³⁹ Sobre a “*common misconception [...] that banks act simply as intermediaries, lending out the deposits that savers place with them*”, Michael McLeay/ Amar Radia/Ryland Thomas, *Money creation in the modern economy*, loc. cit., p. 2.

¹⁴⁰ Ver, supra, ponto 3.2.2.1., e Joseph Huber, *The Chicago Plan*, ob. Cit., p. 4.

theoretical view” do “multiplicador de crédito”¹⁴¹ (ou “*money multiplier*”), a criação de dinheiro pelos bancos (isto é, a criação de depósitos bancários) seria permitida, condicionada e determinada pela quantidade de reservas disponíveis: a quantidade de dinheiro criado pelos bancos (a quantidade, portanto, de unidades monetárias escrituralmente creditadas nas contas bancárias de depósito) seria, pois, um *múltiplo* da quantidade de reservas disponíveis (ou, invertendo a perspectiva da análise, as reservas seriam apenas uma “fracção” dos depósitos criados – “fractional reserve banking”). A tese politico-monetária fundamental desta “*old theoretical view*” é a de que o banco central, através de “instrumentos de cedência e absorção de liquidez”, determina, “*exogenamente*”, a quantidade de dinheiro escritural criado pelos bancos.

Parece impor-se actualmente o entendimento de que a tese do “multiplicador” bancário não evidencia a prevalência “*endógena*” das opções dos bancos na criação de depósitos nem espelha o processo real de criação de dinheiro bancário¹⁴², que se desenvolve no sentido exactamente oposto àquele que (a tese) sugere: são as decisões de concessão de crédito dos bancos que, “*endogenamente*”, determinam a quantidade de dinheiro escrituralmente produzido (a quantidade de depósitos criados), a qual, por sua vez, determina a quantidade de reservas adequadas que os bancos centrais tem de dis-

¹⁴¹ Vítor Constâncio, Challenges to monetary policy in 2012, Speech, 26th International Conference on Interest Rates, Frankfurt am Main, 8 December, 2011 (<http://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2011/html/sp111208.en.html>).

¹⁴² Como salientam Michael McLeay/Amar Radia/Ryland Thomas, Money creation in the modern economy, loc. cit., p. 2, “[w]hile the money multiplier theory can be a useful way of introducing money and banking in economic textbooks, it is not an accurate description of how money is created in reality”.

ponibilizar, funcionando como garantes últimos da liquidez do sistema, como “*lenders of last resort*”. Dizendo-o mais simplesmente: são os depósitos que determinam as reservas e não as reservas que determinam os depósitos¹⁴³. Porque vindas de um Vice-Presidente do próprio BCE, são especialmente elucidativas, a este respeito, as palavras de Vítor Constâncio (sublinhados meus): “*Nevertheless, it is argued by some that financial institutions would be free to instantly transform their loans from the central bank into credit to the non-financial sector. This fits into the old theoretical view about the credit multiplier according to which the sequence of money creation goes from the primary liquidity created by central banks to total money supply created by banks via their credit decisions. In reality the sequence works more in the opposite direction with banks taking first their credit decisions and then looking for the necessary funding and reserves of central bank money. As Claudio Borio and Disyatat from the BIS put it: «In fact, the level of reserves hardly figures in banks’ lending decisions. The amount of credit outstanding is determined by banks’ willingness to supply loans, based on perceived risk-return trade-offs and by the demand for those loans»*”. In modern banking sectors, credit decisions precede the availability of reserves in the central bank. As Charles Goodhart pointedly

¹⁴³ Segundo Joseph Huber, “[t]he volumes of deposit creation are pro-actively determined by what the banks have decided to do on an individual basis. The central bank just re-acts by fractionally re-financing the banks’ residual need for reserves”. Na mesma linha de pensamento, ver Seth B. Carpenter/Selva Demiralp, Money, Reserves, and the Transmission of Monetary Policy: Does the Money Multiplier Exist?, Finance and Economics Discussion Series Divisions of Research & Statistics and Monetary Affairs Federal Reserve Board, Washington, D.C., 2010, e Richard A. Werner, Can Banks individually create money out of nothing? – The theories and the empirical evidence, in International Review of Financial Analysis, 2014, pp. 12 e ss.

argued, it would be more appropriate talking about a «Credit divison» than about a «Credit multiplier»¹⁴⁴.

3.2.3.5. Depósito bancário e contrato de depósito

Chegados a este ponto, é inevitável a proposição: o depósito bancário não é um contrato de depósito. Desde logo, porque não é um contrato. O “depósito bancário” em sentido próprio, tal como o legislador o define e as autoridades monetárias o tomam (ver, *supra*, ponto 3.2.3.1.), não é um facto jurídico, mas uma situação jurídica obrigacional (uma obrigação monetária) constituída por efeito imediato de um acto, praticado pelo banco, de *inscrição* (“movimento a crédito”) de um certo número de unidades monetárias numa conta de depósito bancário.

Isto não significa, naturalmente, que um banco não possa celebrar com um cliente um contrato de depósito. Não se trata de algo ontologicamente impossível. Mas, sabendo-se que é inerente à estrutura típica do depósito ter por objecto coisas corpóreas e um dever de guarda e restituição da coisa depositada (art. 1185.º do Código Civil), mesmo quando se trate de depósito irregular (art. 1205.º do Código Civil), será uma ocorrência rara, circunscrita aos “depósitos administrados (isto é, com obrigação de gestão dos bens depositados) e os depósitos em cofre forte”¹⁴⁵.

Nas hipóteses de “transferências” de “fundos”, processa-

¹⁴⁴ Vítor Constâncio, *Challenges to monetary policy in 2012*, loc. cit.

¹⁴⁵ Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos II*, Almedina, 2007, p. 159.159.

das no interior dos sistemas de pagamentos interbancários (ou, mais simplesmente, através de alterações escriturais “*in-house*”), não há, como vimos, quaisquer “objectos monetários” (notas e moedas) susceptíveis de “entrega”, guarda e restituição, tudo se resumindo a comportamentos declarativos e a efeitos jurídicos estritamente obrigacionais. E está, portanto, excluída, à partida, a possibilidade de conclusão de um qualquer contrato real *quoad constitutionem*¹⁴⁶.

Já não pode rejeitar-se, todavia, no âmbito do fenómeno monetário, a possibilidade da ocorrência de um contrato real *quoad constitutionem* quando o cliente entregue ao banco notas ou moedas (suportes monetários que designo “objectos monetários”¹⁴⁷), com a obrigação de reembolso da mesma quantidade de unidades monetárias (ainda que representadas em suportes monetários diferentes). Tratar-se-ia, então, verdadeiramente, de um contrato de mútuo, e nem sequer de um depósito¹⁴⁸. Sobram, ainda assim, algumas dúvidas sobre a ade-

¹⁴⁶ Como diz Carlos Ferreira de Almeida, Contratos II, ob., cit., p. 159, “[o]s «depósitos» em dinheiro (meramente escritural) em conta bancária não satisfazem o requisito da obrigação de guarda, razão pela qual não podem ser qualificados como contratos de depósito”.

¹⁴⁷ Ver, supra, no ponto 1.2.

¹⁴⁸ Parece ser também esta a posição de Carlos Ferreira de Almeida, Contratos II, ob., cit., p. 159, quando afirma que “[n]a prática actual, os contratos de «depósito» bancário preenchem, sim, todos os elementos do tipo contratual do mútuo (real *quoad constitutionem*), porquanto, em todas as suas modalidades, o mutuante (cliente) entrega ao mutuário (banco) uma determinada quantia em dinheiro que este se obriga a reembolsar”. Embora não se refira expressamente a notas e moedas, parece ser esse o restrito alcance da sua proposição, uma vez que, linhas antes, cinge os «depósitos» bancários aos “depósitos administrados” e aos “depósitos em cofre forte” e sublinha que os «depósitos» “em dinheiro (meramente escritural) em conta bancária não satisfazem o requisito da obrigação de guarda”. Sendo assim – e entendo que assim é – deixa de haver espaço, quando se trate de suportes monetários que sejam notas e moedas, para a figura do depósito

quação da qualificação à realidade do tráfego jurídico quotidiano (ao “tipo social” do contrato que o cliente celebra com o banco quando lhe entrega notas e moedas, cujo valor nominal – a *quantitas* – é creditado na sua conta de depósito) e aos modos de criação e circulação de dinheiro do actual sistema monetário. O interesse principal do cliente que entrega notas e moedas no seu banco não é, creio, o de que este lhe “restitua” outras notas e moedas representativas do mesmo valor (da mesma quantidade de unidades monetárias). O interesse principal do cliente é o de converter esses suportes monetários (notas e moedas) num outro suporte monetário, utilizá-

irregular. De duas uma: ou não há contrato real (nas hipóteses em que se trate de suportes monetários escriturais – “registos monetários”); ou, tratando-se de notas e moedas, tratar-se-á (mas, ainda assim, com as dúvidas que deixo no texto) de contrato (*real quoad constitutionem*) de mútuo. Neste quadro de ideias, não creio que possa desconsiderar-se o valor argumentativo de um apoio literal fornecido pelo texto legislativo: refiro-me ao facto de o legislador, no art. 1205.º do Código Civil, limitar a extensão da noção de depósito irregular aos casos em que este “*tem por objecto coisas fungíveis*”, não usando, como sucede na definição de contrato de mútuo, no art. 1142.º, a expressão (de maior amplitude) “*dinheiro ou outra coisa fungível*”. Não querendo, naturalmente, cometer a leviandade de sugerir que se inutilizem os rios de tinta gastos com detalhadas polémicas sobre o problema do depósito (bancário) irregular, não creio, em face ao texto legal, ser ilegítima a pergunta: terá o legislador querido incluir o dinheiro no âmbito da noção do art. 1205.º do Código Civil (uma vez que, ao contrário do que sucede no art.º 1142.º não se lhe refere expressamente)?

Para além do art. 1142.º, são várias as normas em que o legislador, quando pretende, a par de outras “coisas fungíveis”, referir-se ao “dinheiro” como objecto de negócios ou actos materiais de entrega, autonomiza-o deliberada e expressamente: arts. 591.º/1, 685.º/2, 705.º-f), 707.º/2, 710.º/1, 1231.º e 1238.º. O legislador, apesar de tratar o “dinheiro” como coisa fungível, parece atribuir-lhe uma consistência diferenciada, que o leva a dedicar-lhe sempre alusões individualizadas. O que significa que não é de supor que a menção genérica a “coisas fungíveis” comporte a referência ao “dinheiro”. A menção, no art. 623.º/1, ao “depósito de dinheiro”, não desautoriza, creio, o argumento, porquanto que o que aí temos, verdadeiramente, é uma caução que o legislador trata como penhor de coisas (art. 666.º/2).

vel no “giro bancário”, através do “maquinismo” dos sistemas de pagamentos interbancários: uma obrigação monetária do banco *inscrita* na sua conta de depósito. Quando o banco, por efeito de operações de levantamento de “numerário”, entrega ao cliente notas e moedas, não está propriamente a cumprir uma obrigação de “restituição”; está, isso sim, a cumprir uma específica e autónoma obrigação monetária, directamente emergente de um acto de *inscrição* em conta. O banco, por outro lado, também não tem um interesse especial nas notas e nas moedas (cujos transporte, acondicionamento e guarda envolvem custos consideráveis), que tenderá a reduzir à quantidade mínima necessária para satisfazer as necessidades de levantamentos de numerário. Por outro lado, e como vimos já, os bancos não “trabalham com o dinheiro dos clientes”: o dinheiro que “emprestam” é produzido por eles próprios, através de actos *escriturais* de *inscrição* em conta.

3.2.3.6. Depósito bancário, situações jurídicas conexas e descoordenações atributivas

A obrigação monetária em que consiste o depósito bancário não surge nem vive isoladamente; está sempre conectionada, necessariamente, com outras relações jurídicas, emergentes de diversos factos jurídicos. Destaca-se, desde logo, a relação jurídica no quadro da qual é criada a conta que o depósito pressupõe e lhe é inerente – relação que tem a sua origem no contrato que liga o cliente ao banco (chama-se-lhe contrato de abertura de conta ou contrato bancário ge-

ral). Conexas à relação de depósito estão também as relações interbancárias por meio das quais, no interior dos sistemas de pagamentos, "circula" o dinheiro bancário, e as relações (de depósito ou outras) entre os terceiros titulares de outras contas envolvidas nessa circulação e os bancos onde se acham abertas. E ainda as relações (sobretudo extra-bancárias – estabelecidas entre sujeitos não bancários) *subjacentes* às relações bancárias, que estão na origem e justificam os actos escriturais (*inscrições em conta*) constitutivos do depósito. Imagine-se o exemplo seguinte: A tem conta de depósito à ordem no banco x, que tem conta de reservas no banco central z; B tem conta de depósito à ordem aberta no banco y, que tem conta de reservas no banco central w; A compra a B um automóvel por 25 mil euros; A ordena ao banco x que "transfira" para a conta de B no banco y a quantia de 25 mil euros, através do sistema de pagamentos TARGET2; em execução do processo de "transferência", o banco x debita 25 mil euros na conta de A e o banco y credita-a na conta de B. São aqui identificáveis diversas relações jurídicas: a relação subjacente (extra-bancária) emergente do contrato de compra e venda concluído entre A e B, que está na origem e "justifica" o processo de "transferência" de dinheiro bancário entre ambos¹⁴⁹; as relações bancárias entre A e o banco x e entre B e o banco y; as relações interbancárias entre os bancos A e B; e, enfim, as relações entre cada um destes bancos e os seus respectivos bancos centrais.

Ocorrem, por vezes, sobretudo em casos de contas bancárias com pluralidade de titulares, situações de *descoor-*

¹⁴⁹ A "relação subjacente" pode ser, também, bancária. É o que sucede nos casos em que o depósito tem origem num contrato de concessão de crédito (o vulgarmente designado "mútuo bancário").

denação atributiva entre a relação subjacente e a relação de depósito (a obrigação monetária em que o depósito consiste): situações em que não há coincidência (ou não há coincidência total) entre a titularidade da relação subjacente e a titularidade do depósito – em que, por conseguinte, o credor na relação de depósito bancário (o titular da conta) não coincide (ou não coincide inteiramente) com o credor na relação subjacente¹⁵⁰. No exemplo apresentado no parágrafo anterior, podemos conceber a hipótese de a conta, no banco *y*, onde é creditada a quantia de 25 mil euros (o preço do automóvel vendido por *B* a *A*) “pertencer” a *B* e a *C* (a configuração estrutural do problema não se alteraria na situação inversa: pluralidade subjectiva na relação subjacente e singularidade na relação de depósito).

Os tribunais portugueses, confrontados com hipóteses de *descoordenação atributiva*, sobretudo em situações de contitularidade de contas entre sujeitos ligados por relações familiares ou equiparadas (cônjuges ou unidos de facto), resolvem o problema através do recurso à categoria *real* da propriedade. O acórdão de 04/06/2013 do Supremo tribunal de Justiça, proferido no processo n.º 226/11.1TVLSB.L1.S1, relatado pelo Conselheiro Alves Velho, é paradigmático dessa aproximação ao problema (os sublinhados são meus):

¹⁵⁰ Não se trata, nas situações que designo de *descoordenação atributiva*, de um problema de eventual repercussão, na relação de depósito (e, no acto escritural que é a sua “fonte próxima”), de vícios ou circunstância que afectem a validade (ou apenas a eficácia) dos actos e negócios jurídicos geradores das relações bancárias e extra-bancárias (incluindo a “relação subjacente”) com ela conexas. Esse é um (outro) problema cujo tratamento está fora do âmbito deste estudo.

I – Apesar de qualquer dos contitulares duma conta de depósitos à ordem ter, perante o banco, o direito de dispor da totalidade do dinheiro que constitui o objecto do depósito, na respectiva esfera patrimonial só se radica um direito próprio sobre o numerário se, efectivamente, lhe couber, como proprietário, qualquer parte no saldo de depósito, e só dentro dos limites dessa parte;

II – São inconfundíveis e independentes, a legitimidade para movimentação da conta, inerente à qualidade de contitular inscrito no contrato de depósito e dela directamente decorrente, e a legitimidade para dispor livremente das quantias que a integram, esta indissociável do direito de “propriedade” sobre as quantias depositadas (desconsiderando-se aqui a natureza irregular do depósito bancário e o seu efeito de transferência para o depositário da propriedade do dinheiro).

III – Embora, ao menos genérica e directamente, não encontre assento na lei civil e comercial, presunção de contitularidade do dinheiro depositado nas contas de depósitos à ordem, tem vindo a ser pacificamente entendido como acolhida pelo regime dos arts. 512º e 516º C. Civil e aparece expressamente consagrada no nº 2 do artigo 861º-A do CPC.

IV – Se os fundos da conta à ordem resultaram exclusivamente do crédito dos rendimentos provenientes de aplicações financeiras, do tipo “banca-seguros”, terão, do ponto de vista da propriedade, para efeito de ilisão da presunção de compropriedade, a mesma titularidade que a da “entrega/prémio” efectuada.”

É flagrante o desajustamento da linguagem *realista-proprietarista* usada pelos Senhores Conselheiros à realidade monetária e à natureza radicalmente *obligacional* do depósito bancário. Ao contrário do que é sugerido pelo texto do acór-

dão (que se insere, é preciso dizê-lo, numa tradição incontestada e numa esmagadora *communis opinio doctorum*): (i) não há “dinheiro depositado nas contas”, porque o dinheiro é a própria obrigação monetária inscrita (e porque é inscrita) na conta bancária; (ii) o titular de uma conta não é “proprietário do saldo”, porque o saldo é apenas a expressão quantitativa da obrigação monetária do banco¹⁵¹; (iii) não há “um direito próprio sobre o numerário”, porque o titular da conta é apenas

¹⁵¹ O depósito bancário, não é demasiado repeti-lo, é uma obrigação monetária cujo (s) credor(es) é (são) o(s) titular(es) da conta de depósito. E é assim, precisamente, porque se trata de uma obrigação que tem uma relação de imanência com a forma escritural consistente na inscrição em conta: o depósito é uma obrigação monetária inscrita em conta. Não faz sentido, portanto, distinguir (como se faz no acórdão em análise) entre a “legitimidade para movimentação da conta” e a “legitimidade para dispor livremente das quantias que a integram” que seria, esta, “indissociável do direito de propriedade sobre as quantias sobre as quantias depositadas”. O titular da conta é o credor do banco, na medida do saldo (que exprime a “quantitas” da prestação debitória). E, enquanto credor, salvo alguma limitação legal ou convencional, tem título e legitimidade para exercer o seu direito, a começar pela exigência do cumprimento (que implica “movimentos” a débito na conta de depósito). A concepção “proprietarista” em que assenta o acórdão suscita, aliás, uma questão que não terá sido equacionada: se o titular da conta não é o “proprietário” do “dinheiro depositado”, se o “proprietário” é um terceiro, não titular da conta (ou apenas contitular), qual, afinal, o conteúdo e a natureza da relação jurídica entre o titular e o banco e entre aquele e o “verdadeiro” proprietário dos “fundos”?

Dito isto isto, e havendo para isso fundamento legal ou contratual, não repugna a admitir a hipótese de o “proprietário do crédito” inscrito em conta não coincidir com o seu titular aparente. Mas, mesmo para quem aceita, sem reбуço, a ideia da “propriedade do crédito”, esta não significa mais do que a própria “titularidade” do crédito (a relação de pertença entre a o direito e o seu titular) - neste sentido, ver Maria de Assunção Oliveira Cristas, *Transmissão Contratual do Direito de Crédito, Do carácter Real do Direito de Crédito*, Almedina, 2005, pp. 529 e ss., em particular, 537-538. E poderia até admitir-se, nessa hipótese, uma “reivindicação do crédito” (Maria de Assunção Cristas, ob. cit. p. 544). Mas uma tal reivindicação do crédito monetário inscrito em conta jamais se confundiria com uma reivindicação do “dinheiro” ou “fundos” “depositados” enquanto algo distinto e autónomo do próprio crédito – porque esse algo, realmente, não existe

credor de uma certa *quantia* (isto é, de uma certa quantidade de unidades monetárias susceptíveis de representação em *suportes monetários* puramente escriturais), não tendo nenhum direito real sobre nada; (iv) não há, em suma, qualquer “«*propriedade*» sobre as *quantias depositadas*”, porque, para além do que já vai dito, uma “*quantia*” (uma “*quantitas*”) é apenas uma expressão numérica de uma realidade puramente abstracta e institucional: a unidade monetária.

A desadequação do registo discursivo *realista* à realidade estritamente obrigacional-monetária do depósito bancário acaba por fazer deslizar o texto do acórdão em duas incongruências: por um lado, “*desconsidera*”, sem nenhuma explicação, a pressuposta “*natureza irregular do depósito bancário e o seu efeito de transferência para o depositário da propriedade do dinheiro*”, uma vez que a solução que adopta assenta na ideia de um dos contitulares da conta ser o “*proprietário do dinheiro depositado*”¹⁵²; por outro lado, apesar de buscar o fundamento da solução para o caso na categoria da propriedade (sem que faltem referências à compropriedade), o acórdão acaba por socorrer-se de um regime refintamente jurídico-obrigacional: a (possibilidade de ilusão) da presunção de participação nas hipóteses de solidariedade obrigacional activa¹⁵³.

¹⁵² Isto é, o acórdão acolhe, por um lado, a ideia de que o pressuposto depósito irregular transfere a propriedade do dinheiro para o banco depositário, mas, por outro lado, afirma que o proprietário do dinheiro é um dos co-depositantes.

¹⁵³ Não há nada a apontar, em si mesma, à invocação do regime das obrigações plurais. O que é surpreendente é que o acórdão, que desenvolve o seu discurso no plano da pluralidade de titulares do “direito de propriedade sobre o dinheiro”, acabe a recorrer ao regime das obrigações plurais, desconsiderando o regime da compropriedade – regime para onde conduziria naturalmente a compreensão “proprietarista” do dinheiro bancário.

Mas como resolver, então, o problema posto pelas hipóteses de *descoordenação atributiva* entre o depósito bancário e a "relação subjacente"? Creio que, sem sair do universo obrigacional, é possível trilhar um de dois caminhos: ou se encontra um específico fundamento contratual (*ex contractu*) ou legal (*ex lege*)¹⁵⁴ que determine a coincidência (ou "reconciliação") entre os sujeitos da relação subjacente e a relação de depósito bancário (que desconsidere a identificação formal dos titulares da conta¹⁵⁵)¹⁵⁶; ou, na falta desse fundamento específico, so-

¹⁵⁴ Parece-me ser o caso da norma do art. 136.º/4-e) do RGICSF, que a propósito da determinação do âmbito de protecção do Fundo de Garantia de Depósitos, prescreve que "se o titular da conta não for o titular do direito aos montantes depositados e este tiver sido, ou possa ser, identificado antes de verificada a indisponibilidade dos depósitos, a garantia cobre o titular do direito" (sublinhado meu).

Ainda que o legislador, quando fala no "preço", pareça referir-se, na linha "realista" da sua concepção de dinheiro, apenas a notas e moedas, talvez possa dizer-se o mesmo a respeito da sub-rogação prevista no art. 1723.º-b do Código Civil. Isto é, quando, no regime da comunhão de adquiridos, o preço da venda de um bem próprio de um dos cônjuges seja pago com dinheiro bancário (através de uma operação de transferência bancária, em regra), poderá defender-se que é o cônjuge vendedor o verdadeiro titular (ou também contitular, na medida do correspondente movimento a crédito) da conta de depósito "receptora" do pagamento do preço.

¹⁵⁵ A designação formal constante dos suportes documentais de abertura de conta não é, necessariamente, o único critério de determinação do respectivo titular, que é o credor da obrigação monetária inscrita na conta – neste sentido, Reinhard Singer, Girogeschäft allgemein und Kontoeröffnung, in Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Auflage, Peter Darleeder/Kai-Oliver Knops/Heinz Georg Bamberger, Springer, 2009, pp. 1140-1141.

¹⁵⁶ O que se diz no texto apenas significa que a referida descoordenação atributiva se resolve (havendo fundamento para tanto) pela atribuição da titularidade do crédito (e, portanto, da conta) a um sujeito diferente do que, aparentemente, se apresenta como credor. Não significa, obviamente, que haja de distinguir-se entre o crédito inscrito na conta de depósito e a (realmente inexistente) propriedade do "dinheiro" depositado".

brará, verificando-se os respectivos pressupostos, o recurso ao instituto do enriquecimento sem causa¹⁵⁷.

4. A “desrealização” do “mútuo” bancário

Tanto na literatura jurídica especializada, como na prática notarial e nos textos das “condições gerais” predispostas pelos bancos, o contrato através do qual estes, paradigmaticamente, concedem crédito é vulgarmente designado “mútuo”. Mas também aqui se nota uma flagrante discrepância com a realidade do sistema monetário e a natureza dos suportes monetários que nele se criam e circulam. O mútuo implica, sempre, a “entrega” de uma “coisa fungível”, que, em se tratando de “dinheiro”, assumirá sempre a forma de notas ou moedas (porque os outros “suportes monetários” não são “coisas”, mas apenas obrigações monetárias resultantes de actos de inscrição em conta): ou porque, na sua configuração típica de contrato real *quoad constitutionem*, essa entrega integra a sua estrutura formativa (art. 1142.º do Código Civil); ou porque, na configuração alternativa do “mútuo consensual” (para quem o admita), é já (a “entrega”) acto de cumprimento da “obrigação de emprestar”.

Ora, não sendo de excluir a possibilidade ontológica de um banco conceder crédito a um cliente através da entrega

¹⁵⁷ Quando seja fundado, o “remédio” da reconciliação de titularidades (reconciliação da titularidade da relação subjacente com a titularidade da obrigação monetária do depósito bancário) pode ter-se, entretanto, tornado juridicamente impossível, por efeito do cumprimento do banco, extintivo do crédito inscrito em conta. Também nessa hipótese é concebível o recurso ao instituto do enriquecimento sem causa.

de notas e moedas (ou a possibilidade de se obrigar a fazê-lo), temos de convir que isso, na prática quotidiana, nunca acontece¹⁵⁸. O vulgarmente designado “mútuo bancário” não tem (com excepção da “função” de concessão de crédito) nada de mútuo, consistindo, antes, num contrato (consensual *quoad constitutionem* e obrigacional *quoad effectum*), que dá causa ao surgimento de duas obrigações monetárias simetricamente interligadas: por um lado, a obrigação monetária do banco em face do “mutuário” (*rectius*, a obrigação de o banco criar, através de um acto de *inscrição* em conta, um crédito monetário no montante acordado); por outro lado, a obrigação monetária do “mutuário” em face do banco “mutuante” (que não é inscrita, esta, na conta de depósito¹⁵⁹). O chamado mútuo bancário é, hoje, por conseguinte, um contrato completamente “desrealizado”.

É por isso que só no plano da alegoria são aceitáveis expressões de tom “realista”, como “reembolso” ou “restituição” do “capital adiantado”. É, por isso, também, que não faz sentido justificar o juro cobrado pelo banco com a “renúncia da exigência da devolução do capital”. Relembremos o que foi sendo repetido até aqui: os bancos criam o dinheiro que emprestam (criam-no por meio do acto de emprestá-lo – “*lending money into existence*”); não renunciam, quando “emprestam”, à disponibilidade de algo preexistente.

¹⁵⁸ Como vimos já, as operações de levantamento de notas e moedas pressupõem, em princípio, um prévio saldo em conta – conta na qual é inscrito o débito correspondente ao valor nominal das notas e moedas levantadas.

¹⁵⁹ Inscritas serão, ou poderão ser, em “movimentos a débito” as prestações de “reembolso”.



5. O dinheiro electrónico

Para finalizar, impõe-se uma referência brevíssima ao fenómeno do dinheiro electrónico. No seu sentido mais amplo, a expressão “dinheiro electrónico” abrange todos os suportes monetários que se materializem em registos informáticos, seja em discos de computador, cartões ou outros dispositivos de armazenamento de dados digitais. Neste sentido (amplo) tanto são dinheiro electrónico as reservas inscritas nas contas dos bancos centrais, como os depósitos criados pelos bancos, as unidades monetárias registadas numa instituição de “moeda electrónica”, ou, enfim, os *bitcoins*.

Num sentido restrito, já com um específico relevo político-monetário, a expressão “dinheiro electrónico” cobre apenas o fenómeno da “moeda electrónica” (“*E-money*”, nas modalidades de “*software E-money*” e “*hardware E-money*”), que o legislador define, no art. 2.º-d) do Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica (aprovado pelo Decreto-Lei nº 242/2012, de 7 de novembro), como “o valor monetário armazenado eletronicamente, inclusive de forma magnética, representado por um crédito sobre o emitente e emitido após receção de notas de banco, moedas e moeda escritural, para efetuar operações de pagamento (...)”. A nota distintiva do conceito de “moeda electrónica” é a dependência da sua “emissão” (através da inscrição de um “crédito” numa “conta de pagamento”) de uma prévia “recepção” de suportes monetários criados por outros emitentes: notas, moedas e depósitos bancários. A moeda electrónica, portanto, é um suporte monetário de segundo grau, que “representa” um suporte mo-

netário de primeiro grau (notas, moedas e depósitos bancários). As instituições de moeda electrónica não podem criar depósitos¹⁶⁰, e só muito limitadamente podem conceder crédito [art. 8.º-A/2-b)]. É de supor, portanto, que a emissão de moeda electrónica não tenha impacto significativo sobre o volume global dos agregados monetários¹⁶¹.

Num sentido restritíssimo, a expressão “dinheiro electrónico” confina-se às chamadas “moedas digitais”, “virtuais” ou “cripto-moedas” (“*digital currencies*”, “*virtual currencies*”, “*cryptocurrencies*”), de que o exemplo mais marcante é o *bitcoin*. A nota distintiva das “moedas digitais” reside no facto de representarem novas unidades monetárias, constituindo, portanto, outros e autónomos sistemas monetários (sistemas monetários inteiramente privados), equipados com os seus próprios sistemas de pagamento, em regra descentralizados e “distributivos”, usando técnicas criptográficas de segurança e validação das operações de pagamento. Enquanto que uma “instituição de moeda electrónica” se limita a emitir suportes monetários (que representam outros suportes de primeiro grau) expressos em euros, no quadro do sistema monetário do euro, os “*miners*” que criam unidades de *bitcoin* integram-se num outro sistema monetário, centrado numa diversa unidade monetária¹⁶².

¹⁶⁰ Nos termos do art. 8.º-A/4, do Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica, “[o]s fundos recebidos pelas instituições de moeda eletrónica e provenientes dos detentores de moeda eletrónica devem ser trocados sem demora por moeda eletrónica, não constituindo receção de depósitos ou outros fundos reembolsáveis na aceção do nº 1 do artigo 2.º do RGICSF”.

¹⁶¹ Sobre o ponto, ver Neda Popovska-Kamnar, The use of electronic money and its impact on monetary policy, http://www.eccf.ukim.edu.mk/ArticleContents/JCEBI/JCEBI_2/spisanie%20Neda%20Popovska-Kamnar.pdf

¹⁶² Sobre as “digital” ou “virtual” currencies, ver Robleh Ali/John Barrdear/



Roger Clews and James Southgate, Innovations in payment technologies and the emergence of digital currencies, Quarterly Bulletin 2014, Q3, Bank of England, e, na mesma publicação, The economics of digital currencies. Ver, também, EBA Opinion on 'virtual currencies', European Banking Authority, 2014 (<https://www.eba.europa.eu/documents/10180/657547/EBA-Op-2014-08+Opinion+on+Virtual+Currencies.pdf>)



ÍNDICE

APRESENTAÇÃO	5
DOCTRINA	
ACEITAÇÃO, ADAPTAÇÃO, ESPERANÇA AS COORDENADAS FUNDAMENTAIS DO ENVELHECIMENTO	7
José Oliveira Ascensão	
LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL	21
Rubén S. Stiglitz	
ANÁLISIS DE LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN EL DERECHO PORTUGUÉS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL	31
Teresa Estévez Abeleira	
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O FUTURO DO DIREITO DE AUTOR NA ERA DIGITAL	71
Maria Victória Rocha	
CONTRATAÇÃO À DISTÂNCIA E CONTRATO DE SEGURO	91
Alexandre Soveral Martins	
NOVOS DIREITOS DO CONSUMIDOR NO MERCADO ÚNICO DIGITAL	155
Alexandre Dias Pereira	
RESPONSABILIDADE POR DANOS EM MASSA: REFLEXÕES EM TORNO DA TEORIA DA MARKET-SHARE LIABILITY	175
Mafalda Miranda Barbosa	
O CONTROLO DO CONTEÚDO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS NO CONTRATO DE SEGURO	221
Maria Inês Oliveira Martins	
A CONSTITUIÇÃO DE HIPOTECA E O REGIME DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS: HÁ UMA MISSÃO ATRIBUÍDA AO CONSERVADOR?	259
Margarida Costa Andrade · Afonso Patrão	
RESPONSABILIDADE CIVIL POR FALTA DE CONFORMIDADE NOS CONTEÚDOS DIGITAIS: BREVE ANÁLISE ACERCA DA PROPOSTA DE DIRETIVA COM (2015) 634	309
Aldo Gaudêncio	
UM DEPÓSITO BANCÁRIO NÃO É UM (CONTRATO DE) DEPÓSITO: OU A DESADEQUAÇÃO DA LINGUAGEM DOS CONTRATOS REAIS À REALIDADE DO DINHEIRO BANCÁRIO NO ACTUAL SISTEMA MONETÁRIO	351
Paulo Duarte	

